THÈSE DE
NANCY.
1888
N°. 1.

THÈSES
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT

PAR

Paul FIETTA

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS :

DROIT ROMAIN : **Étude sur les origines de la théorie classique des actions ;**

DROIT FRANÇAIS : **Des caractères et des effets de la vente de la chose d'autrui ;**

Sera soutenu le Vendredi 15 Juin 1888, à 4 heures du soir.

Président : M. P. LOMBARD, professeur.

Suffragants : MM. LEDERLIN, professeur-doyen.
MAY, professeur.
BOURCART, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
IMPRIMERIE V. MANGEOT-COLLIN ET NICOLLE, 36, RUE GAMBETTA

1888

THÈSES

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM.

LEDERLIN ✻, I ✪, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ✪, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.), ✻, I ✪, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours du Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ✪, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ✪, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ✪, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ✪, Professeur d'Economie politique.

MAY, A ✪, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ✪, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ✪, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ✪, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain.

GAVET, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.

CHRÉTIEN, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ✪, Docteur en droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. - ACADÉMIE DE NANCY

THÈSES
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

A LA FACULTÉ DE DROIT

PAR

Paul FIETTA

AVOCAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS :

DROIT ROMAIN : **Étude sur les origines de la théorie classique des actions ;**

DROIT FRANÇAIS : **Des caractères et des effets de la vente de la chose d'autrui ;**

Sera soutenu le Vendredi 15 Juin 1888, à 4 heures du soir.

Président : M. P. LOMBARD, professeur.

Suffragants : MM. LEDERLIN, professeur-doyen.
MAY, professeur.
BOURCART, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
IMPRIMERIE V. MANGEOT-COLLIN ET NICOLLE, 36, RUE GAMBETTA

1888

A MA MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547206_0059

ÉTUDE SUR LES ORIGINES

DE LA

THÉORIE CLASSIQUE DES ACTIONS

EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Parmi les historiens du droit romain qui, suivant une division devenue vulgaire, partagent en quatre périodes les douze ou treize siècles qui s'écoulèrent depuis la fondation de Rome jusqu'à l'avénement de l'empereur Justinien (1), il en est peu qui négligent de comparer ces périodes successives aux quatre âges de la vie humaine : l'enfance, la jeunesse, l'âge mûr, la vieillesse. Le but de ce rapprochement est d'exprimer, d'une manière concise et imagée, que le droit romain se développa peu à peu, s'accrut, se perfectionna jusqu'à une certaine apogée, à partir de laquelle, semblable au vieillard qui se survit à lui-même, il déclina rapidement vers la décrépitude et la mort. Ainsi entendue, et malgré la diversité des points de départ assignés, par les différents auteurs, aux quatre périodes que vécut le droit romain (2), la comparaison qu'ils emploient est certainement d'une exactitude irréprochable. Elle est aussi on ne peut plus banale; car il n'est point de législation, d'institution, en un mot d'œuvre humaine, qui ne reçoive avec le temps certains perfectionnements; il n'en est point que le changement des mœurs et des circonstances ne fasse peu à peu déchoir, puis disparaître.

Cette idée de mettre en parallèle les phases successives de la législation romaine et celles de la vie humaine, me paraît néanmoins des plus heureuses. A la condition de faire porter la comparaison, non point sur les manifestations extérieures du développement de l'une et de l'autre,

---

(1) Justinien, empereur d'Orient, monta sur le trône en l'an 527 de notre ère. En admettant que Rome ait été fondée en l'année 753 avant Jésus-Christ, qui est la première de l'ère romaine, on voit que ces deux événements furent séparés par le long espace de 1280 ans.

(2) Il est des auteurs qui font commencer la deuxième période à la chute de la royauté, en l'an de Rome 245; d'autres lui assignent pour point de départ la rédaction de la loi des XII Tables, en 301 et 302. La troisième période commence, pour les uns, à l'époque de Cicéron, pour les autres à la fondation de l'empire en l'an 724. La quatrième enfin date, pour la plupart, de l'avénement de Constantin en l'an 306 de l'ère chrétienne, tandis que quelques-uns la font remonter dans le passé jusqu'au règne d'Alexandre Sévère.

mais sur ce développement lui-même; non point sur le plus ou le moins de progrès réalisés à un moment donné, mais sur la manière même dont ils se réalisèrent. Considérons l'organisme humain, avec la prodigieuse variété de ses tissus, la multiplicité et la complication de ses organes, si admirablement appropriés à leurs fonctions respectives et à l'harmonie de l'ensemble, et demandons-nous comment s'est construit, comment s'est accru ce merveilleux mécanisme. Est-ce par l'addition successive de parties toutes formées, artificiellement et inopinément rattachées à l'ensemble? En aucune façon : c'est par l'évolution lente d'un petit nombre d'éléments simples qui, se dédoublant, se spécialisant en quelque sorte, s'assimilant des matériaux divers empruntés à l'extérieur, éliminant avec sûreté ce qui était devenu inutile, ont abouti, par le seul jeu de cette force intime et mystérieuse qu'on appelle la vie, au chef-d'œuvre que nous admirons. C'est là, autant qu'il est permis de rapprocher des faits d'ordres aussi différents, la propre histoire du droit romain. Lui aussi, à un certain moment de son histoire, nous apparaît comme un tout composé d'un nombre immense de parties, et ces parties, qui ont chacune leur fonction propre, se prêtent harmonieusement un mutuel appui. D'où viennent cependant ces innombrables règles de droit, ces institutions multiples, ces théories compliquées? Ont-elles paru soudain, sans racines dans le passé, au coup de baguette d'un législateur fécond, à la manière moderne? Non : dans ces temps reculés, le législateur n'intervenait guère que pour consacrer ce que l'usage avait introduit, pour supprimer ce qui était devenu une gêne (3). Les mêmes lois restaient en vigueur pendant des siècles (4); toujours entourées de la même vénération, elles continuaient de s'appliquer, concurremment avec les innovations que les magistrats, les jurisconsultes, l'usage des citoyens pouvaient introduire, sans en violer les dispositions. Cette nécessité pour le progrès de ne se réaliser que dans les limites d'une loi presque immuable, n'en empêcha pas l'essor. Elle eut seulement pour résultat d'en modérer les manifestations, de le discipliner en quelque sorte, de l'obliger à ne se produire que sous le couvert d'ins-

---

(3) C'est ainsi que la loi des XII Tables, la plus importante sans contredit des lois de l'ancienne Rome, n'est guère qu'un recueil de lois et de coutumes antérieures. D'autre part, l'abrogation des *legis actiones* est un exemple remarquable de réforme accomplie par la loi sous la pression de l'opinion. Voy. Gaius, IV, 30.

(4) La loi des XII Tables ne cessa de former le fond de la législation romaine, non-seulement sous la république, mais encore sous l'empire: jamais elle ne fut expressément abrogée.

titutions existantes, au nom de principes reconnus par la loi. De là un développement, un peu lent sans doute, mais harmonieux et méthodique, qui, de quelques institutions simples et presque rudimentaires, de quelques principes rigoureux, aboutit à une législation à la fois scientifique et équitable, qui n'est pas le moindre titre de gloire de l'ancienne Rome.

Nous voudrions, dans le présent travail, donner une idée de cette évolution, commune à toutes les parties du droit romain, en tâchant de reconstituer et de mettre sous les yeux du lecteur les phases diverses par lesquelles passa la théorie des actions, avant d'arriver à son état le plus parfait. En entendant, avec nous, par « action », le droit d'ester en justice, et par « théorie des actions », l'ensemble des règles de fond et de forme s'appliquant à ce droit, on voit le haut intérêt de notre sujet. On en apercevra mieux encore toute l'importance, si l'on veut bien se rappeler qu'à Rome, c'est l'action qui est le véritable élément juridique. Au lieu que le législateur moderne pose avant tout la règle de droit, le précepte, pour s'occuper ensuite, ou ne pas s'occuper du tout, de l'action qui peut en découler, à Rome, le droit d'ester en justice est directement accordé ou refusé; c'est ce droit, c'est l'action que visent les textes législatifs et les édits des magistrats; c'est de l'existence de l'action que les jurisconsultes concluent à l'existence d'un droit antérieur et distinct, lui servant de base dans l'ordre logique; ce sont les caractères de l'action qui leur servent à déterminer la physionomie et les particularités de ce droit, et à lui assigner sa place dans la théorie générale.

Quoi qu'il en soit, la théorie des actions, comme le droit romain tout entier, parvint à son plus haut degré de perfection, à ce moment que l'on est convenu d'appeler l'époque classique, c'est-à-dire dans la seconde moitié du deuxième siècle de l'ère chrétienne, et les premières années du troisième, si brillamment illustrées par les Gaius, les Papinien, les Paul, les Ulpien. Notre étude ne dépassera pas cette époque. Aussi bien, après ces éminents jurisconsultes, n'aurions-nous plus guère à enregistrer aucun progrès. L'œuvre de désorganisation commence, accélérée bientôt (294) par la généralisation de la procédure extraordinaire, coup funeste porté à la théorie des actions, dont la belle ordonnance et les nombreuses divisions, fondées sur les formules, deviennent inintelligibles après la suppression de ces formules, et ne leur survivent, dans une certaine mesure, que comme autant de vestiges d'un passé à jamais disparu.

Notre étude, ainsi limitée à la recherche des origines de la théorie *classique* des actions, ne s'étendra d'ailleurs pas à tous les détails de

cette théorie. Il est un grand nombre de points accessoires, dont l'importance est trop secondaire pour qu'il soit intéressant d'en étudier la genèse. D'autre part, nous laisserons de côté ce qui a trait à telle ou telle action en particulier, car nous ne nous sentons ni la force, ni l'envie d'écrire un traité des actions. Nous ne nous occuperons que des grandes lignes de la théorie classique des actions, de ses divisions les plus importantes, des règles de fond ou de forme, qui, par leur généralité ou leur portée, présentent un réel intérêt.

Or nous croyons que ces lignes principales de la théorie des actions de la période classique étaient pour la plupart déjà fixées dès le début de cette période, et même dès les premiers temps du règne de la procédure formulaire. Quelques-unes seulement se fixèrent depuis cette époque. Nous en parlerons dans un chapitre spécial, le dernier de notre travail.

Parmi les autres points importants de la théorie classique des actions, quelques-uns furent une conséquence immédiate de l'introduction de la procédure formulaire, ou mieux de la suppression du système des *legis actiones*, qui l'avait précédée. Ils feront l'objet de notre avant-dernier chapitre.

D'autres, au contraire, sont antérieurs à l'abrogation des *legis actiones*. Leur origine, à raison même de leur haute antiquité, est difficile à découvrir. Pour certains d'entre eux cependant, l'entreprise n'est pas d'une réalisation impossible : nous tâcherons de la mener à bonne fin.

Quant aux autres, il me paraît impossible de déterminer, même d'une manière approximative, l'époque et les circonstances de leur première apparition. Nous n'essaierons pas de le faire, mais, les prenant tels qu'il est possible de les formuler en s'appuyant sur des faits certains, nous les considérerons comme ayant pris naissance simultanément et spontanément à une époque inconnue, et comme constituant dans leur ensemble, ce que nous appellerons la théorie primitive des actions, dont nous aurons d'abord à faire l'exposé.

Notre étude se divisera ainsi naturellement en quatre chapitres, dont voici le tableau :

Chapitre I. — Détermination de la théorie primitive des actions.

Chapitre II. — Développement de la théorie primitive dans le système des *legis actiones*.

Chapitre III. — Abrogation des *legis actiones*; son influence sur la théorie des actions.

Chapitre IV. — Modifications apportées à la théorie des actions dans le système formulaire.

CHAPITRE I

DÉTERMINATION DE LA THÉORIE PRIMITIVE DES ACTIONS

Le présent chapitre a pour but d'exposer ce que nous avons appelé la théorie primitive des actions, c'est-à-dire l'ensemble des plus anciennes règles relatives aux actions, dont il soit possible de découvrir l'existence en nous appuyant sur des faits certains. On voit qu'il ne s'agit pas ici de la théorie absolument primitive, de la première théorie que les Romains ont pu adopter en matière d'actions. Nous mettre à la recherche de cette théorie absolument primitive, serait nous lancer dans les conjectures, sans autre guide que notre imagination. L'entreprise d'ailleurs serait fatalement condamnée à l'insuccès. Où s'arrêter en effet dans cette tentative inconsidérée ? Faudra-t-il remonter à la fondation de Rome ? Faudra-t-il pousser plus loin encore ? Ici, comme partout, les origines sont enveloppées de ténèbres, qu'il faut renoncer à dissiper. Quittons ces régions nuageuses, où il n'y a point de place pour la science, mais seulement pour la fantaisie; ne cherchons pas à créer de toutes pièces le passé, bornons-nous à tâcher de le faire revivre, en nous appuyant sur les documents qu'il nous a lui-même transmis.

Plusieurs siècles se sont écoulés depuis la fondation de Rome, la République a pris la place de la Royauté (245). Quelle est, à cette époque, la théorie des actions ? Quelles sont les règles communes à toutes ? S'il y a plusieurs espèces d'actions, quelles sont-elles ? Quelles règles particulières, soit de fond, soit de forme, sont propres à chacune de ces catégories ? Autant de questions, auxquelles aucun texte, aucun monument ne répond directement. Les quelques textes qui semblent se référer à certains de ces points sont vagues, d'une portée contestable; dans tous les cas, s'ils se rapportent aux temps antérieurs au système formulaire, rien ne prouve que les règles qu'ils énoncent aient été en vigueur dès l'époque reculée que nous étudions ici (5).

(5) Parmi ces textes, je citerai spécialement Cicéron, *pro Cluentio*, c. 43, sur le libre choix du juge par les parties, et Gaius, IV, 48 et 108.

La loi des XII Tables elle-même (301-302), dans les fragments du moins que nous en possédons, et dans celles de ses dispositions que nous ont conservées les auteurs qui en parlent, ne traite aucune de ces questions.

Nous faudra-t-il donc renoncer à découvrir quelle était, à l'époque des XII Tables, ou même dans les temps antérieurs, la théorie des actions? Nous ne sommes pas réduits à cette extrémité. Dès l'époque des XII Tables en effet, et même antérieurement, existaient certaines formes solennelles dans lesquelles s'intentaient les actions. Ces formes sont ce que l'on appelle les *legis actiones*. Trois d'entre elles existaient certainement à l'époque des XII Tables, et sans doute avant; celle que l'on désigne sous le nom de *condictio*, est postérieure; on discute sur l'âge de la *judicis postulatio*. Nous ne savons qu'imparfaitement en quoi elles consistaient; les renseignements que nous possédons sur quelques-unes, se réduisent à bien peu de chose. Malgré ces incertitudes, il nous faut étudier ces formes de procédure. C'est le seul moyen que nous ayons de nous faire une idée de ce qui, dans la théorie primitive des actions, tient plus particulièrement à la procédure. Cette étude jettera d'ailleurs quelque lumière sur la nature même des actions intentées en ces formes, car, s'il est vrai que les *legis actiones* n'étaient pour ainsi dire que des moules, ces moules étaient tels que, pour pouvoir y être jetées, les actions devaient présenter certains caractères particuliers, que nous enregistrerons avec soin.

Nous diviserons donc ce chapitre en deux articles. Le premier sera consacré à l'étude des *legis actiones* dans leur plus ancien état; dans le second, nous exposerons la théorie primitive des actions, telle qu'il nous sera possible de la déduire de l'étude précédemment faite des *legis actiones*.

ARTICLE I

LES LEGIS ACTIONES DANS LEUR PREMIER ÉTAT.

Les renseignements les plus complets que nous possédions sur les *legis actiones*, se trouvent au commentaire IV de Gaius, §§ 11 et seq. Il en énumère cinq (§ 12) : « *Lege autem agebatur modis quinque : sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem.* » Nous n'avons pas ici à les étudier toutes. La *pignoris capio* ne fut jamais que d'un usage exceptionnel. C'était une sorte de prise de gage, accompagnée de paroles solennelles, permise à certains créanciers par la loi ou la coutume, à raison

d'un intérêt public (Gaius, IV, 26 à 29). Nous la laisserons donc de côté. Nous n'avons pas à parler non plus pour le moment de la *legis actio per condictionem*, qui ne fut établie que bien après les autres (Gaius, IV, 19, 20). Restent trois *legis actiones*, dont nous allons, dans les trois paragraphes suivants, tâcher de découvrir l'emploi primitif.

§ 1. — Legis actio sacramenti.

La procédure du *sacramentum* tire son nom d'une somme d'argent, appelée *sacramentum*, qu'à l'origine chacun des plaideurs déposait entre les mains des pontifes, et qui se montait à 50 ou à 500 as, selon que la valeur du litige était inférieure ou au moins égale à 1,000 as (Varron, *de lingua latina*, V, 180; Gaius, IV, 14). Le procès jugé, le gagnant seul était admis à retirer sa consignation (6).

La *legis actio sacramenti* était applicable en matière personnelle et en matière réelle (Arg. Gaius, IV, 16). Dans l'un et l'autre cas, le demandeur commençait par affirmer solennellement son droit. Cela est certain pour le cas d'action réelle (Gaius, IV, 16); on peut induire de quelques lignes de Valerius Probus, qu'il en était de même dans le cas d'action personnelle, et que la formule du demandeur à cette action était, au moins dans certaines hypothèses, la suivante : *Aio te mihi dare oportere* (7). A cette affirmation, le défendeur oppose une négation absolue, consistant en la réclamation d'un droit contraire, comme en matière réelle, ou en une simple dénégation (8).

---

(6) Plus tard, au lieu de déposer le montant du *sacramentum*, chacun des plaideurs se borna à promettre de le verser, dans le cas où il viendrait à être jugé contre lui, et à faire garantir sa promesse par des cautions ou *prædes* (Gaius, IV, 13).

(7) Certains auteurs prétendent que le demandeur à l'action personnelle prononçait, non point la formule que nous avons admise, mais la suivante : *quando in jure te conspicuo, postulo anne fuas auctor*. Mais cette formule, dans les notes de Valerius Probus relatives aux *legis actiones*, suivent immédiatement des paroles empruntées au formulaire de la revendication. Cicéron (*pro Murena*, XII, 26) la présente comme faisant partie de ce formulaire. Il ne me paraît donc guère possible de la faire figurer dans une action personnelle.

(8) Je dis qu'en matière réelle, le défendeur ne se borne pas à nier le droit du demandeur, il se prétend lui-même titulaire de ce droit. En cela je ne fais que me conformer aux renseignements que nous fournissent Gaius (IV, 16), et Cicéron (*pro Murena*, c. 12). Mais peut-être ces auteurs ne nous parlent-ils que d'une seule espèce de revendication, la plus complète, celle qui comporte les formalités les plus nombreuses. Peut-être, en d'autres termes, est-il permis de conjecturer qu'à côté de cette revendication vraiment double, il y en avait une autre dans laquelle le défendeur niait le droit du demandeur, sans se prétendre investi de ce droit. A l'appui de cette conjecture, je tire argument de la revendication même décrite par Gaius.

Le dissentiment des parties ainsi nettement constaté, elles se provoquent réciproquement au *sacramentum*, c'est-à-dire qu'elles s'invitent réciproquement à déposer ou à promettre la somme de 50 ou de 500 as, selon l'importance du litige (Valerius Probus, *de juris notarum significatione ;* Gaius, IV, 16).

Les solennités de la *legis actio sacramenti* ne se limitent point d'ailleurs à ce que nous venons de dire. Gaius (IV, 16) fait allusion à certaines autres formalités communes à l'action personnelle et à l'action réelle, mais nous ne savons en quoi elles consistaient. Quoi qu'il en soit, l'action réelle comprenait encore certaines formalités qui lui étaient propres. Indépendamment de la *manuum consertio*, de la *deductio*, de l'*ex jure manum consertum vocatio* qu'Aulu-Gelle (XX, 10) et Cicéron (*pro Murena*, c. 12) nous décrivent avec quelques variantes, il y a lieu, dans l'hypothèse d'une action réelle, à la remise à l'un des plaideurs de la possession provisoire de la chose pendant la durée du procès.

Il se peut en effet, dans cette revendication dans laquelle les deux parties se prétendent propriétaires, qu'elles aient tort toutes deux, la chose n'appartenant ni à l'une, ni à l'autre. S'il en est ainsi, quelle pourra bien être la décision de celui qui sera chargé de prononcer *utrius sacramentum justum sit ?* Il devra nécessairement déclarer que les deux parties ont tort, et, par suite, si chacune n'a déposé ou n'a promis qu'un seul *sacramentum*, décider que ce *sacramentum* sera perdu pour l'une et pour l'autre. Mais cela n'est-il pas contraire à tout ce que nous savons des suites de la *sacramenti provocatio ?* conçoit-on un pari perdu par les deux parieurs ? Pour moi, j'estime qu'il y a un moyen d'écarter la difficulté. C'est d'admettre qu'il y a, dans la revendication décrite par Gaius, deux provocations distinctes, deux paris distincts portant sur des questions différentes, et par suite, en tout, quatre enjeux. *Aulus Agerius* se prétend propriétaire, *Numerius Negidius* nie son droit. Là-dessus un premier pari s'engage, au moyen d'une *provocatio sacramenti* réciproque. Puis *Numerius Negidius* se prétend à son tour propriétaire, ce qu'*Aulus Agerius* s'empresse de contester. Il y a là matière à une nouvelle *provocatio sacramenti* réciproque. Dans chacun de ces paris, l'une des parties aura nécessairement raison, et l'autre, tort ; il pourra donc y avoir un gagnant et un perdant, plus exactement l'une des parties pourra gagner les deux paris, les perdre tous deux, ou bien gagner l'un et perdre l'autre. Je fais observer que le texte de Gaius ne répugne pas à cette conjecture. Je ne crois donc pas être trop téméraire en m'y ralliant.

Mais s'il en est ainsi, si la revendication décrite par Gaius se compose en réalité de deux actions distinctes, je veux dire porte sur des questions différentes, bien que simultanément agitées, il n'y a pas de motif sérieux pour ne pas admettre qu'elles pussent être posées isolément, pour rejeter la possibilité d'une revendication, dans laquelle le défendeur pût se contenter de nier le droit affirmé par son adversaire, sans se prétendre lui-même propriétaire.

Celui qui obtient cette possession provisoire (*vindiciæ*), et ce peut être le demandeur aussi bien que le défendeur, est d'ailleurs tenu de promettre de restituer la chose à son adversaire, si ce dernier obtient gain de cause. Cette promesse est garantie par des répondants, qu'on appelle *prædes litis et vindiciarum* (Gaius, IV, 16; Festus, *v°* *vindiciæ*) (9).

La *provocatio* au *sacramentum*, qui se fait en matière réelle et en matière personnelle, est une sorte de pari. C'est ce pari qui, toutes les formalités de la *legis actio* accomplies, fait l'objet de l'examen de l'autorité compétente (10). Celle-ci décide : *utrius sacramentum justum*

---

(9) Il est vraisemblable que dans la revendication simple, je veux dire dans la revendication à laquelle le défendeur ne répond pas par une contre-revendication, mais se borne à opposer la négation du droit du demandeur, la possession restait à ce défendeur, à charge bien entendu de faire une promesse de restitution et de fournir les *prædes litis et vindiciarum*. Ce serait là l'origine lointaine des règles de la *rei vindicatio* intentée *per formulam petitoriam*. Quant à la possibilité pour celui qui préside à la revendication double, d'accorder les *vindiciæ* à l'une ou à l'autre des parties, on peut l'expliquer en disant que le possesseur, en revendiquant à son tour, consent à se mettre dans la situation d'un non-possesseur, et renonce en réalité à cette possession. Cette renonciation d'ailleurs serait motivée par la perspective des avantages qu'obtient celui qui prouve en justice son droit de propriété, avantages parmi lesquels nous pouvons dès à présent mentionner celui de pouvoir se prévaloir de la décision rendue en sa faveur, dans tous les litiges qui pourront éventuellement se produire sur la question de propriété.

(10) Quelle est cette autorité ? C'est là une question à laquelle les auteurs donnent des réponses différentes. Il paraît incontestable qu'à l'origine, les rois jugeaient eux-mêmes (Cicéron, *de rep.*, V, 2). Je crois pour ma part que, dès l'époque de Servius Tullius, ils cessèrent de remplir cet office, si ce n'est peut être dans quelques cas exceptionnels. Ce prince en effet, au dire de Denys d'Halicarnasse (IV, 25), institua des juges privés, qui ne sont autres sans doute que les *decemviri*, car on ne saurait expliquer autrement que la loi Horatia (de l'an 305) soit venue décider : « *ut qui tribunis plebis, ædilibus, judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset.* » (Tite-Live, III, 55). C'est à Servius Tullius par conséquent qu'il faut faire remonter la distinction du *jus* et du *judicium*. J'ajoute que ces Xviri connaissaient sans doute à l'origine de toutes les affaires soumises au *sacramentum*. Les centumvirs n'existaient pas encore, puisque leur création ne peut remonter plus haut que l'année 513 (Arg. Festus, v° *Centumviralia* : « *centumviralia judicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, terni ex singulis tribubus sunt electi ad judicandum, qui centumviri appellati sunt; et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti* »), qui vit le nombre des tribus porté à trente-cinq. Quant à l'*unus judex*, je crois que jamais il n'eut à prononcer sur la question de la légitimité du *sacramentum*. Je ne vois pas en effet pour quel motif cette question eût été posée dans certains cas au collège permanent des Xviri, et dans d'autres, à un simple particulier nommé

sit, c'est-à-dire lequel des deux plaideurs sera autorisé à retirer le montant du *sacramentum* déposé par lui, ou sera dispensé de le verser. La question de fond se trouve ainsi indirectement tranchée (11).

Telle est, dans ses grandes lignes, la procédure du *sacramentum*, procédure simple, rigoureuse, qui révèle chez les Romains une conception si particulière de l'idée de droit, que je n'hésite pas à dire que l'existence même de cette *legis actio* prouve qu'elle dut au début être la seule procédure introductive d'instance.

En effet cette procédure suppose nécessairement un droit qui, une fois né, se maintient dans le même état, et ne se modifie ni en plus, ni en moins. Cette immutabilité du droit n'existe plus de nos jours; à Rome même, elle n'existe plus à l'époque classique qu'à l'état d'exception, dans les *condictiones certi*. En toute autre matière, l'étendue du droit varie avec les circonstances. Quelque nettement fixé qu'il paraisse au moment de sa naissance, il est susceptible de varier. L'acheteur, par exemple, s'est engagé à payer une somme déterminée. En conclurons-nous que ce prix devra être payé? Il est possible qu'il en soit ainsi, mais il se peut également que cet acheteur soit tenu de payer plus (on n'a qu'à supposer qu'il s'est laissé mettre en demeure), ou moins (par exemple, si quelque dol du vendeur lui a causé un préjudice) : tout dépend des circonstances. Ce caractère d'indétermination est le résultat du principe, absolument général aujourd'hui, et si largement appliqué déjà à l'époque classique, que le juge doit réprimer tout dol des parties. Nous verrons plus tard comment ce principe s'introduisit dans la théorie romaine, et quelle portée on lui reconnut. Quoi qu'il en soit, le caractère d'indétermination que ce principe imprime forcé-

---

pour la circonstance. A côté des Xviri, je n'admets à l'époque originaire que l'arbitre ou les arbitres, dont le rôle sera précisé plus loin. Cet arbitre ayant été dans la suite investi de fonctions jusque-là réservées aux *judices decemviri*, l'usage s'introduisit de le désigner sous le même nom de *judex*, sans que d'ailleurs on se mit d'accord sur la dénomination qui devrait l'emporter (Cicéron, *pro Murena*, c. XII). Ce fut là l'origine du *judex privatus*, de l'*unus judex*, complètement inconnu à l'époque primitive.

(11) Dans l'hypothèse d'une action réelle, la décision rendue sur la légitimité du *sacramentum*, outre qu'elle tranche la question de propriété, rend exigible, lorsqu'elle est contraire à celui qui a été maintenu ou mis en possession, la promesse conditionnelle de restitution qu'il a été obligé de faire. Cette promesse, ainsi échue, peut évidemment être accomplie de bon gré par son auteur. S'il refuse de l'exécuter, j'estime que son adversaire doit avoir recours à une nouvelle *legis actio sacramenti*, pour faire valoir l'action personnelle née à son profit de la promesse de restitution. Il n'y a en effet aucun motif pour que le droit issu de cette promesse ne soit pas soumis aux mêmes règles que le droit issu d'une promesse conditionnelle quelconque.

ment au droit, est nettement incompatible avec la procédure du *sacramentum*. Il faut en effet que le demandeur affirme son droit et en précise le montant. Comment cela lui sera-t-il possible, si ce droit est essentiellement variable ? Dira-t-on qu'il doit apprécier lui-même l'influence que les circonstances ont pu exercer sur son droit, et réclamer, non point l'exécution de son droit primitif, mais de son droit tel qu'il se comporte au moment de l'action, demander, par exemple, non les 100 qui lui ont été promis, mais 95, 90, etc., ou bien 105, 110, etc., selon les circonstances ? Je réponds qu'imposer une telle manière d'agir aurait eu pour résultat de rendre toute procédure impraticable, car, pour peu que le juge apprécie différemment l'influence, sur le droit, des circonstances qui ont pu le modifier, le demandeur perdra son procès. Combien de fois demandeur et juge évalueront-ils exactement de la même façon ? Je n'hésite pas à répondre : jamais, quand ce ne serait que pour ce motif, que l'humaine nature du demandeur le portera invinciblement à exagérer ses prétentions.

Hypothèse pour hypothèse, je préfère celle qui conclut à l'invariabilité du droit soumis au *sacramentum*, et par suite à la négation du principe de la répression du dol des parties.

Cette hypothèse seule d'ailleurs explique le caractère strict de certaines actions du droit classique, les *condictiones certi*, qui se trouve ainsi être un reste de la rigueur primitive.

Cette manière de concevoir le droit, quelque choquante qu'elle puisse paraître, est d'une grande simplicité, et en harmonie avec la logique un peu rude d'un peuple enfant. En elle-même, elle se comprend parfaitement, mais à une condition, c'est qu'elle se soit appliquée à tous les droits sans exception.

Si l'on veut en effet que, pour certains droits, les Romains aient eu, dès le début, une autre manière de voir, et admis les considérations d'équité, je demande où est le *criterium* de la distinction ainsi établi entre les différents droits. Pourquoi rejeter l'équité pour les uns, pourquoi l'admettre pour les autres ?

On me dira que certains rapports de droit sont par eux-mêmes flottants et incertains, de telle sorte qu'il n'est pas possible au titulaire de ces droits d'en donner une formule précise ; qu'en conséquence la procédure du *sacramentum* leur est évidemment inapplicable. — Je réponds qu'une telle incertitude ne peut exister relativement à un droit quelconque, que si on admet que ce droit peut varier avec les circonstances, si on y applique le principe d'équité. La question n'a donc pas fait un pas, car je puis toujours demander : Pourquoi a-t-on admis, relativement à ces droits, le principe d'équité, repoussé ailleurs ?

Ou bien on me dira que le soi-disant principe de l'invariabilité des droits, concevable en matière réelle, et en matière personnelle lorsqu'il s'agit d'un droit né d'un acte unilatéral, ne se conçoit plus lorsqu'on passe aux droits nés d'actes synallagmatiques. En pareil cas en effet, chacun des deux droits dépend de l'autre ; l'un d'eux ne prend-il pas naissance, l'autre ne peut produire aucun effet ; ont-ils pris naissance tous deux, les variations de l'un influent sur l'importance et la portée de l'autre, etc. Je réponds que deux droits nés simultanément d'un même acte, ne dépendent ainsi l'un de l'autre que si l'on tient compte du principe d'équité. En dehors de ce principe, il y a indépendance absolue des deux droits : l'un peut naître sans l'autre ; à supposer que l'un d'eux puisse varier, l'autre n'en sera nullement affecté.

Je dois insister sur ce point, que c'est le principe d'équité qui établit, entre les droits nés d'un acte synallagmatique, cette dépendance réciproque où l'on est accoutumé à les voir, car il me semble découvrir sur ce point, sinon dans les idées des auteurs, du moins dans leur manière de s'exprimer, une certaine confusion qu'il importe de dissiper.

En soi, rien n'empêche de concevoir un acte unique, un contrat, susceptible de créer des obligations à la charge des deux parties qui y prennent part, de telle sorte que ces obligations, une fois nées, soient indépendantes l'une de l'autre, de telle sorte même que l'une des obligations prenne naissance sans l'autre, si quelque obstacle particulier s'oppose à la naissance de cette dernière. Quel nom donner à un tel acte ? Cela dépendra des circonstances. Si une seule des obligations vient à naître, il faudra l'appeler unilatéral ; si les deux prennent naissance, l'appellerons-nous synallagmatique ? Il le faut, si l'on donne du mot synallagmatique la définition communément admise : le contrat synallagmatique est celui qui produit des obligations à la charge des deux parties. Mais ces deux obligations, par hypothèse, sont indépendantes l'une de l'autre. Il faut donc poser en principe que le caractère synallagmatique de l'acte qui a donné naissance à un droit, n'a pas pour conséquence forcée de rendre ce droit variable.

Faites intervenir le principe d'équité, tout change. L'une des obligations ne pourra plus naître sans l'autre, ou du moins avoir quelque efficacité, si l'autre fait défaut : ce serait contraire à l'équité. Toutes les deux prendront naissance, ou bien aucune. Un acte ne pourra donc plus être unilatéral ou synallagmatique, selon les résultats qu'il aura produits. — Les deux obligations nées seront dans une dépendance mutuelle : l'une est-elle inexécutée, est-elle exécutée imparfaitement, l'autre, si l'équité l'exige, s'évanouira, ou diminuera d'importance. — Le mot synallagmatique lui-même change de sens. Le contrat synallag-

matique n'est plus celui qui donne naissance à des obligations à la charge des deux parties, mais celui qui donne naissance à des obligations qui sont dans une mutuelle dépendance.

Allons plus loin. Nous n'avons parlé jusqu'ici que d'actes produisant tout de suite des obligations à la charge des deux parties. Passons aux actes qui n'en produisent à l'origine qu'à la charge de l'une d'elles.

Abstraction faite de l'équité, le droit, né d'un tel acte, sera invariable, toujours identique à lui-même. Le titulaire de ce droit ne sera d'ailleurs jamais tenu d'aucune obligation : il n'y aura pas contre lui d'*action contraire*. Admettez l'équité, et ici encore tout change ; le droit issu du contrat pourra varier avec les circonstances, il pourra même, si l'équité l'exige, être privé de tout effet. Bien plus, l'équité pourra exiger qu'une action soit donnée contre celui-là même, que le contrat avait constitué créancier, et voilà le contrat, tout unilatéral qu'il parût, devenu synallagmatique imparfait.

Sans le principe d'équité, il n'y a et il ne peut y avoir de contrat synallagmatique imparfait ; admettez au contraire ce principe, tout contrat uuilatéral devient synallagmatique imparfait. Soutenir donc qu'à l'époque primitive il y avait à la fois des contrats strictement unilatéraux, et des contrats synallagmatiques imparfaits, c'est dire que les Romains avaient de prime abord établi une distinction arbitraire entre les droits, admettant l'équité pour les uns, la rejetant pour les autres. — De même, admettre qu'à l'époque primitive, il y avait des obligations qui, à raison de ce fait qu'elles étaient nées d'un même acte, pour cela qualifié de synallagmatique, se trouvaient dans une dépendance réciproque, c'est supposer que les Romains avaient arbitrairement donné accès au principe d'équité, dans une matière, où il ne s'imposait pas. C'est d'ailleurs commettre une erreur, si l'on donne au mot contrat synallagmatique le sens plus simple de contrat donnant naissance à des obligations à la charge des deux parties, ou une pétition de principe, si l'on veut que le mot synallagmatique exprime de plus l'idée que les obligations ainsi nées sont dans une dépendance réciproque.

Nous arrivons donc à cette conclusion que, si à l'époque primitive il y avait des actes synallagmatiques ayant une existence propre et des règles spéciales, les obligations nées de ces actes étaient aussi indépendantes les unes des autres, que si elles fussent nées de deux actes unilatéraux employés simultanément.

Ni la plus grande complication de certains rapports de droit, ni le caractère synallagmatique de leur acte générateur n'obligèrent donc les Romains à se faire, de certains droits, une idée exceptionnelle, et à leur reconnaître une nature incompatible avec la procédure du *sacra-*

mentum. — Cette procédure, du moins, n'était-elle pas inapplicable en matière de droits incertains? Il est une théorie qui prétend trouver, dans le caractère certain ou incertain des droits, le *criterium* de la distinction des actions *bonæ fidei* et *stricti juris*. Si cette théorie est fondée, s'il est vrai que certains droits, qualifiés d'incertains, exigent que le juge, appelé à en connaître, ait des pouvoirs plus larges, moins rigoureusement déterminés, que le juge chargé de statuer sur un droit certain, si cette différence repose sur la nature des choses, il faudra nécessairement que, dès les origines, nous la trouvions dans la procédure, et par conséquent, si les droits certains sont soumis à la procédure du *sacramentum*, nous devrons admettre quelque autre procédure pour les actions nées de droits incertains.

Que nous ne nous trouvions pas dans une telle nécessité, c'est ce dont il est facile de se convaincre, pour peu que l'on se rende compte du sens des mots : certain, incertain.

A l'époque classique, nous trouvons ces mots appliqués à des droits et à des actions. Ils n'ont point, dans les deux cas, la même signification. Appliqués aux droits, ils ont pour but d'établir une certaine opposition entre certains droits, dont la valeur pécuniaire est particulièrement facile à déterminer, et tous les autres. Les premiers sont appelés certains; les autres, incertains (12). En matière d'actions, ils ont pour but d'établir une distinction entre les actions dans lesquelles les faits, dont le juge aura à vérifier l'existence, sont mentionnés dans la formule d'une manière précise, et celles dans lesquelles cette mention fait défaut (13).

---

(12) Cette manière d'envisager le fondement de la distinction des droits certains et incertains, me paraît commandée par les textes qui nous apprennent quels droits en particulier sont certains, quels autres sont incertains. Voyez notamment les lois 74 et 75, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1, et 6, D., *de rebus creditis*, XII, 1. Pour ma part, je ne puis découvrir aux droits, que ces textes qualifient de certains, d'autre caractère commun que celui d'être plus facilement appréciables en argent que tous les autres. J'en conclus que c'est ce caractère qui sert de base à la division.

(13) On dit habituellement que les actions sont certaines, alors que les termes de l'*intentio* expriment clairement et avec certitude, ce que veut et ce que prétend le demandeur, — incertaines, quand il en est autrement. Je crois cette manière de parler inexacte. Elle est inapplicable en effet à une classe nombreuse, d'actions *certæ*, les actions *in factum*. Voici la formule, empruntée à Gaius (IV, 47), d'une action de ce genre, l'action *in factum* de dépôt : *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N^i N^i A° A° redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N^m N^m A° A° condemnato, et rel.* Il est manifeste que cette formule n'exprime pas clairement, ne précise pas ce que le demandeur prétend obtenir.

Il n'y a pas identité entre les deux divisions, cela est clair. Il n'y a pas même de lien logique entre elles, je veux dire qu'un droit certain ne donne pas *nécessairement* lieu à une action *certa*, ni un droit incertain, à une action incertaine. En effet, alors même que le droit est certain, c'est-à-dire facilement appréciable en argent, ce fait n'est pas à lui seul une raison suffisante pour que les faits, sur lesquels le juge devra faire porter son examen, lui soient indiqués avec précision. Si les droits certains sont, à l'époque classique, sanctionnés par des actions certaines, il y a là un fait qui s'explique historiquement, mais qui n'est pas nécessaire logiquement. L'action *in factum* de dépôt, citée à la note précédente, est une preuve péremptoire de l'exactitude de cette manière de voir : elle est certaine, et pourtant les obligations qui résultent du dépôt sont incertaines.

Essayons de transporter ces notions à la procédure du *sacramentum* et aux droits qui y sont soumis. Essayons de faire de l'une ou de l'autre division, le fondement de la distinction que l'on prétend établir entre les droits, et par suite entre les procédures qui les sanctionnent.

Nous le tenterions en vain. Quel est en effet l'office du juge nommé dans la procédure du *sacramentum* ? A-t-il quelque évaluation à faire, et par suite y a-t-il quelque intérêt à distinguer entre les droits facilement appréciables en argent, et ceux dont la valeur pécuniaire ne peut être déterminée qu'avec une difficulté plus grande ? Nous savons que non. Son office se borne à statuer (indirectement) sur l'existence même du droit. Il est manifeste que le caractère certain ou incertain du droit ne rend cette tâche ni plus facile, ni plus difficile. Aussi suis-je convaincu que la distinction, étant sans intérêt, n'avait pas encore été formulée : elle ne fut imaginée que plus tard.

Quant à la distinction des actions en certaines et incertaines, je crois qu'elle n'existait pas davantage. Je ne dirai pas que la distinction eût été impossible à concevoir, sous prétexte que la procédure des *legis actiones* ne comportait pas de formules. En effet, il y a quelque chose dans cette procédure qui remplace la formule, c'est ce qui se passe *in jure*, ce sont les paroles solennelles prononcées par les parties elles-mêmes. Ces paroles sont prononcées en présence de témoins, dont le récit sert plus tard à informer le juge des points sur lesquels il doit faire porter son examen.

Or, de deux choses l'une : ou le droit du demandeur est liquide, je veux dire qu'il en connaît le montant, par exemple, c'est une somme déterminée, ou tel objet, ou telle quantité, ou encore tel fait, qui lui est dû, et alors il précisera *in jure* l'objet de sa prétention, en disant : *aio te mihi decem HS*, ou *Stichum*, ou *centum modios tritici dare opor-*

tere, ou *domum ædificare oportere,* etc. Du même coup le juge sera informé des faits qu'il doit vérifier, et l'on pourra dire que l'action est certaine.

Ou bien, son droit n'est pas liquide, il n'en connaît pas le montant, non pas parce que ce droit, déterminé au début, a pu varier sous l'influence du principe d'équité, mais parce qu'il n'a jamais eu d'objet déterminé. Par exemple, le demandeur se plaint d'avoir été victime d'un vol. Il a droit au double de la valeur de la chose volée, mais quelle est cette valeur? Il ne peut pas dire : *Aio te mihi HS decem dare oportere*, évaluant lui-même à cinq sesterces la chose qu'on lui a dérobée. Mais ne pourra-t-il pas dire : Je prétends que vous devez me payer le double de la valeur de tel objet que vous m'avez volé? formule qui aura pour effet, comme celles que nous avons citées plus haut, d'indiquer au juge, d'une manière très précise, les points qu'il devra examiner.

On m'objectera que la sentence qu'il rendra, laissera dans l'incertitude le montant de la somme due, et que ce résultat suffit à prouver qu'au moins en matière de droits non liquides, le *sacramentum* ne devait pas être employé. L'objection me touche peu. Elle aurait quelque portée, si la sentence du juge terminait absolument la procédure, de telle sorte que le demandeur n'eût aucun moyen de faire préciser davantage le montant de l'obligation reconnue à la charge du défendeur. Nous verrons qu'il n'en était pas ainsi, et qu'un complément de procédure venait fixer, dans ce cas et dans tous les cas analogues, le montant du droit du demandeur. Que si l'on nous reproche d'admettre deux questions, deux procédures, deux jugements, là où une seule instance pourrait suffire, nous répondrons que les deux questions, de l'existence du droit et de son évaluation, ne se confondent pas et ne se confondront jamais. Tout ce que l'on peut faire, c'est de les soumettre simultanément à une seule et même personne. Or ce cumul lui-même nous paraît contraire à l'esprit analytique des Romains, dont la tendance générale est de diviser tout ce qui est complexe, pour arriver aux éléments simples et irréductibles. Si plus tard nous voyons le juge romain chargé de trancher à la fois ces deux questions et d'autres encore, il ne faut voir là qu'un produit d'une longue et lente évolution, sur laquelle nous aurons à nous expliquer ultérieurement.

Il résulte de cette longue étude que tout droit, toute action est susceptible de se plier à la forme du *sacramentum,* parce que, d'une part, tout droit, une fois né, se maintient et subsiste sans modifications, encore bien qu'il dérive d'un acte synallagmatique ; parce que, d'autre part, le droit, même non liquide, peut être formulé d'une manière assez

précise, pour indiquer au juge les points dont il doit vérifier l'existence.

J'en conclus hardiment que tout droit, toute action dut, à l'origine, être soumis à la forme du *sacramentum*, que cette *legis actio* était à l'origine la seule qui pût servir à introduire une instance. Pour qu'il en eût été autrement, il eût fallu que, sans motifs, sans aucune nécessité juridique, les Romains eussent mis à part certains droits, certaines actions, et les eussent ainsi arbitrairement soustraits à la théorie générale. C'est ce que, pour ma part, je ne puis admettre.

Que l'on ne me dise pas qu'ils agirent peut-être ainsi pour des raisons d'utilité pratique, qu'ils reconnurent la nécessité d'admettre le principe d'équité dans certaines actions, et que ces actions durent aussitôt prendre une physionomie particulière. Je répondrai que nous nous occupons des origines. Je ne nie pas que, plus tard, il s'établit, en face de la théorie stricte du droit primitif, une théorie toute différente. Ce que je nie, c'est que ces deux théories aient été admises simultanément dès l'origine. Car enfin, si l'excellence du principe d'équité leur apparut dès le principe, pourquoi donc n'y avoir pas soumis tous les droits, toutes les actions ? D'où viennent les actions de droit strict, et en particulier les *condictiones certi*, qui, pendant tant de siècles, se maintinrent rebelles à l'idée d'équité ? Il n'y a pas de milieu : l'un des deux principes a dû régner en maître au début, et régner seul. La question ainsi posée, la réponse n'est pas douteuse : ce ne peut être que le principe du droit strict.

La conclusion à laquelle nous sommes arrivés, savoir qu'à l'origine, toute action devait s'introduire en la forme de la *legis actio sacramenti*, est corroborée par Gaius, qui, parlant des *legis actiones*, dit que, même après la création de la *condictio*, la *legis actio sacramenti* : *generalis erat* (Gaius, IV, 13). Car si l'on veut, qu'à côté de la *condictio*, et de la *manus injectio*, qui est aussi introductive d'instance, il y ait encore un grand nombre d'actions introduites *per judicis postulationem*, que reste-t-il au *sacramentum ?*

On ne m'objectera pas qu'à côté du *sacramentum*, il y eut, de tout temps, au moins une autre *legis actio* introductive d'instance, la *manus injectio*. Je ne le nie pas, mais à combien d'actions était-elle applicable ? Les actions susceptibles d'être introduites *per manus injectionem*, ne constituèrent jamais qu'une infime minorité. A l'époque dont nous parlons, il n'y en avait sans doute que deux : l'action née de la *nexi obligatio*, et celle qui dérivait d'un legs portant sur une somme d'argent ou sur une certaine quantité de denrées. Nous reviendrons sur ces actions. Dans tous les cas, le nombre en est trop restreint pour que l'on puisse raisonnablement contester que la *legis actio sacramenti* ait été,

à un moment donné, la seule procédure introductive d'instance. Si l'on y tient d'ailleurs, je dirai que cette *legis actio* servait seule à introduire toutes les actions, sauf celles qu'il était possible d'engager *per manus injectionem.*

On ne m'objectera pas non plus les textes des XII Tables, qui parlent d'*arbitria* relativement à certaines actions (Voy. notamment Festus, *v° vindiciæ;* Cicéron, *de leg.*, I, 21 ; l. 21, D., *de statulib.*, XL, 7). Je montrerai plus loin ce que c'étaient que ces *arbitria*, et que ces actions, comme toutes les autres, s'intentaient au moyen du *sacramentum.*

Enfin on ne m'opposera pas Gaius, IV, 20, qui dit que les actions personnelles pouvaient, antérieurement à la création de la *condictio*, s'engager *sacramento* ou *per judicis postulationem.* Nous expliquerons ce texte, qui se réfère à un état de droit, qui est déjà une modification du système primitif.

§ II. — Judicis postulatio.

La *judicis postulatio*, mentionnée par Gaius (IV, 12) parmi les *legis actiones*, ne nous est guère connue que de nom. Les explications détaillées, dans lesquelles cet auteur entrait sans doute à son sujet, ne nous sont pas parvenues. Il est donc extrêmement difficile de se faire une idée de ses formes et de son emploi.

Relativement à cet emploi, un premier point se dégage cependant de l'étude que nous avons faite de la *legis actio sacramenti* ; c'est que la *judicis postulatio* n'était pas, à l'origine, une procédure introductive d'instance. Ce rôle était réservé à la *legis actio sacramenti*, et, dans certains cas exceptionnels, à la *manus injectio.*

Néanmoins nous croyons la *judicis postulatio* aussi ancienne que le *sacramentum* lui-même. Voici, à notre avis, quel en fut le rôle primitif.

Nous démontrerons plus loin qu'en général, l'effet du *judicium*, organisé à la suite de la *legis actio sacramenti*, était de mettre le défendeur, qui perdait son procès, en demeure d'exécuter en nature l'obligation indirectement reconnue à sa charge par la sentence du juge. Un certain délai était accordé au défendeur pour accomplir cette exécution en nature, passé lequel il pouvait être procédé contre lui à la *manus injectio*, moyen de contrainte énergique que nous décrirons ultérieurement. Cela étant, il fallait, dans le cas où l'obligation reconnue à la charge du défendeur par la sentence du juge, n'était pas liquide, qu'une procédure particulière lui permît d'en faire déterminer le montant. Il n'est pas

possible en effet d'admettre que ce défendeur, qui, malgré toute sa bonne volonté, ne peut exécuter en nature, n'ait aucun moyen d'éviter les voies de rigueur, qui, au bout du délai accordé pour l'exécution en nature, pourront être employées contre lui. Ce moyen existe, à mon sens, et c'est la *judicis*, ou mieux l'*arbitri postulatio* : le défendeur, à la charge duquel un jugement a reconnu l'existence d'une obligation, dont l'exécution en nature n'est possible que moyennant une détermination plus précise de son objet, peut immédiatement s'adresser au magistrat, pour lui demander, en certaines formes solennelles, de charger quelqu'un de cette détermination. Cette demande solennelle est l'*arbitri postulatio*, et la personne nommée par le magistrat, porte le nom d'*arbiter*.

Nous disons *arbiter* et *arbitri postulatio*, malgré Gaius, qui (IV, 12) ne parle que de *judicis postulatio*. Voici pourquoi nous croyons devoir préférer le mot *arbiter*. Nous verrons que, dans la suite du développement des règles primitives, il vint un moment où, faute par le défendeur d'avoir exécuté en nature la prestation, reconnue à sa charge, dans le délai fixé, le demandeur dut, avant d'aller plus loin, avant d'employer les voies d'exécution, faire évaluer en argent la prestation non accomplie en nature. Pour cela, le demandeur priait le magistrat de charger quelqu'un de cette estimation. La personne chargée de ce soin s'appelait *arbiter*, et la sentence qu'elle rendait *arbitrium litis aestimandæ*. Nous reviendrons sur tous ces points. En les tenant pour acquis, on voit que l'on ne peut guère se refuser à donner, par analogie, le nom d'*arbiter*, à la personne chargée de préciser le montant de la dette reconnue par une sentence judiciaire, lorsque ce montant n'est pas déterminé. Nous tiendrons donc pour constant que la *legis actio*, dont nous nous occupons, portait en réalité le nom d'*arbitri postulatio*. Si Gaius emploie le terme impropre de *judicis postulatio*, c'est qu'à son époque, la distinction entre le *judex* et l'*arbiter*, sur laquelle nous aurons à insister plus loin, avait cessé d'être intelligible par suite de la confusion, dès longtemps réalisée, des fonctions de *judex* et d'*arbiter*.

J'estime que chacune des parties, entre lesquelles était intervenue une sentence judiciaire reconnaissant, à la charge de l'une, au profit de l'autre, une obligation dont l'objet n'était pas suffisamment déterminé pour qu'elle fût susceptible d'être exécutée en nature, pouvait prendre l'initiative de la demande d'arbitre. Celui-ci d'ailleurs n'était sans doute nommé que si la partie adverse y consentait, mais elle ne pouvait s'y refuser qu'à ses risques et périls. Si c'est le demandeur qui s'est opposé à la nomination de l'arbitre, il ne pourra exercer les voies de contrainte sous prétexte d'inexécution, car c'est lui qui a rendu l'exécution impos-

sible. Si au contraire c'est le défendeur, il s'expose à ces voies de contrainte.

L'arbitre nommé a pour rôle de fixer le montant de la dette, non de l'évaluer en argent. L'*arbitrium* a pour seul but de mettre les parties dans la situation même où elles se seraient trouvées à la suite de la décision du juge, qui a statué sur le *sacramentum*, si la dette avait été liquide. On évitera donc de confondre cet *arbitrium* avec l'*arbitrium litis æstimandæ*, mentionné par Valerius Probus et que certains auteurs admettent à la suite de tout *sacramentum*. Nous parlerons plus loin de cet *arbitrium*, que nous croyons étranger à la théorie primitive. Pour distinguer celui qui nous occupe en ce moment, nous l'appellerons : *arbitrium rei præstandæ*.

On me demandera sans doute pourquoi je veux que cette procédure accessoire, qui a pour but de déterminer le montant de la dette constatée par la première sentence, fasse l'objet d'une *legis actio* spéciale. Pourquoi ne pas en faire un simple accessoire de la procédure du *sacramentum* ? — A cela il est bien facile de répondre, quand on admet, comme moi, que la *judicis postulatio* n'est point introductive d'instance, et ne remplace pas, pour certaines actions, la *legis actio sacramenti*. Sans doute, il doit répugner aux auteurs qui reconnaissent à la *judicis postulatio* un domaine propre, très important, de lui faire jouer un rôle en quelque sorte secondaire (14). Pour moi, je n'éprouve pas ce scrupule. Convaincu que la *judicis postulatio* n'était pas introductive d'instance, obligé cependant de lui trouver un emploi, je lui attribue celui qui est en quelque sorte tout indiqué par la nature même des choses. J'irai plus loin et je dirai que cet *arbitrium*, dont la nécessité d'ailleurs s'impose, ne peut être considéré comme un accessoire de la procédure du *sacramentum*. Même alors, en effet, que la sentence, qui a statué sur le *sacramentum*, a porté sur une obligation non liquide, l'organisation de cet *arbitrium* n'en est pas une suite nécessaire. Quand même on voudrait contester la faculté, que j'ai reconnue aux parties, de s'opposer à cette organisation, on ne niera pas, je pense, qu'elles puissent la rendre inutile par un accord amiable. De là il résulte que cet *arbitrium* n'est en fait organisé que sur la demande des parties, qui

---

(14) Je remarque que la question ne s'est jamais posée relativement à l'*arbitrium rei præstandæ*, dont nous nous occupons. Cela par le motif très simple que personne, que je sache, n'a songé à le mentionner. La question s'est posée relativement à l'*arbitrium litis æstimandæ*, auquel j'ai fait allusion, et qui a lieu aussi après un premier *judicium*. Bien des auteurs ne veulent y voir qu'un accessoire de la procédure du *sacramentum*.

doivent pour cela s'adresser au magistrat. Que l'on me dise si ce n'est pas là une *arbitri postulatio*.

Enfin je remarquerai, pour répondre à ce que l'on pourrait me dire sur le rôle secondaire et effacé, que je fais ainsi jouer à la *judicis postulatio*, que ce rôle n'est pas aussi peu important qu'on pourrait le croire. Elle devait, en matière d'actions délictuelles, être d'un usage très fréquent. Les actions nées de délits portent en effet le plus souvent sur une somme d'argent indéterminée. C'est ainsi, par exemple, que l'action *furti* a pour objet le double de la valeur de la chose volée ; mais il ne suffit pas à la victime du vol d'obtenir une sentence décidant que telle personne, qu'elle a actionnée en justice en l'accusant de vol, doit lui payer deux fois la valeur de telle chose qui a été volée par elle. Encore faut-il que la valeur de cette chose soit déterminée. Après la sentence du juge du *sacramentum*, il y aura donc lieu à une *postulatio arbitri*. Ce n'est d'ailleurs pas seulement en matière d'actions délictuelles, que la nécessité d'un *arbitrium rei præstandæ* pourra se faire sentir. Cet *arbitrium* est indispensable toutes les fois que l'obligation, constatée par un jugement, a besoin d'être précisée pour pouvoir être exécutée en nature. C'est ainsi que j'explique que la loi des XII Tables parle d'arbitres à propos de l'action *finium regundorum* (Cicéron, *de rep.*, I, 4, et *de legibus*, I, 21), de l'action *familiæ erciscundæ* (ll. 1, pr., et 43, D., *famil. hercisc.*, X, 2), et de l'action *aquæ pluviæ arcendæ* (l. 5, D., *ne quid in loc. pub.*, XLIII, 8, cbn. ll. 23 § 2 et 24, D., *de aqua et aquæ pluv. arc.*, XXXIX, 3). Relativement à cette dernière action, il est probable que la loi des XII Tables déclarait que celui dont les travaux menaceraient le fonds voisin, serait obligé de prendre les mesures nécessaires pour faire disparaître tout danger pour ce fonds. C'est en ce sens que j'entends les mots : *ut noxa domino caveatur*, de la loi 5, *ne quid in loco publico* (Cette interprétation est corroborée par l'ensemble du titre *de aqua et aq. plur.*, dans lequel l'*arbitrium* est présenté comme tendant à faire disparaître des sillons, des fossés, etc.). Le propriétaire, qui se prétendait menacé par les ouvrages de son voisin, faisait sans doute décider, au moyen d'une *legis actio sacramenti*, suivie d'un *judicium*, si réellement il était menacé d'inondation, si par conséquent son voisin devait prendre des mesures pour écarter ce danger. Le jugement rendu en faveur du demandeur, restait à déterminer quels moyens devrait prendre le défendeur pour exécuter l'obligation reconnue à sa charge. De là l'organisation d'un *arbitrium rei præstandæ*. — De même, en matière d'action *familiæ erciscundæ*, après une première décision, rendue à la suite d'une *legis actio sacramenti*, et déclarant qu'en effet le défendeur devait procéder au partage, un arbitre était nommé pour fixer quels ob-

jets ce défendeur devait abandonner au demandeur. — De même encore, dans le cas d'action *finium regundorum* (15).

On voit, par ces explications et par ces exemples, que la *legis actio per arbitri postulationem* était loin d'être inutile, même alors qu'elle ne pouvait aboutir qu'à la nomination d'un *arbiter rei præstandæ* (16). Nous avons déjà dit qu'il vint un moment où elle put également servir à provoquer la nomination d'un *arbiter litis æstimandæ*. Son domaine s'en trouva considérablement accru, et son importance, augmentée d'autant.

§ 3. — Manus injectio.

Nous avons vu que la sentence du juge, nommé à la suite de la *legis actio sacramenti*, sentence qui déclare *utrius sacramentum justum sit*, tranche indirectement la question de fond et proclame, lorsqu'elle est favorable au demandeur, la réalité du droit allégué et réclamé par lui. Se disait-il créancier, il est reconnu désormais qu'il l'est en effet; se prétendait-il propriétaire de tel objet, la vérité de son dire est désormais établie, en même temps qu'il acquiert le droit de se prévaloir de la promesse conditionnelle de restitution, que son adversaire lui a consentie. Ce droit, d'ailleurs, devra être mis en œuvre par une nouvelle *legis actio sacramenti*, suivie d'un *judicium* qui constatera que le défendeur est véritablement tenu de restituer.

Personnelle ou réelle, on peut donc dire que toute action aboutit, à un moment donné, à la constatation d'une obligation à la charge du défendeur, lorsque c'est le demandeur qui l'emporte.

Telle que le juge la constate, cette obligation ne porte point en toute hypothèse sur une somme d'argent, mais bien sur la chose même, ou d'une manière plus générale, sur la prestation même qui est due. Faut-il admettre que cette obligation devra être tout de suite transformée en une obligation de somme d'argent? Ne faut-il pas croire plutôt que le défendeur peut se libérer en l'exécutant en nature?

---

(15) Je laisse de côté ce que l'*arbitrium* organisé à la suite de ces deux dernières actions, avait de particulièrement énergique. En général, à la suite de l'*arbitrium*, le défendeur est obligé de faire, de ne pas faire, de transférer la propriété de tel objet, etc. Ici l'arbitre ne se borne pas à décider que le défendeur devra transférer la propriété de tels et tels objets qu'il désigne, de telle portion de terrain ; il transporte lui-même la propriété, il adjuge, pour employer le terme technique. Nous n'avons pas à insister sur cette particularité.

(16) Une application de la *postulatio arbitri rei præstandæ* à certaines actions intentées *per manus injectionem*, ne fut faite que plus tard. Nous en reparlerons.

On a invoqué, en faveur de cette opinion, le § 48 du commentaire IV de Gaius. Malheureusement ce texte en lui-même prête à l'équivoque; il n'est d'ailleurs pas complet. On l'a lu ainsi : *sed, sicut olim fieri solebat, æstimata re*, etc. — et ainsi : *sicut olim fieri solebat, sed, æstimata re*, etc. On le voit : il est susceptible d'appuyer l'une et l'autre solution, selon la place que l'on assignera à la conjonction.

S'il fallait prendre parti, j'adopterais la leçon que nous avons citée en premier lieu : *sed, sicut olim fieri solebat, æstimata re, pecuniam eum condemnat*. Le motif, c'est que le manuscrit ne présente aucune lacune entre les mots : *solebat* et *æstimata*, entre lesquels on veut placer le mot *sed*. Au contraire, les mots : *cum quo actum est*, qui précèdent *sicut*, se trouvent à la fin d'une ligne, alors que *sicut* commence la ligne suivante : il y a donc place pour une particule, qui ne peut être que *sed* ou *at*.

En conclurons-nous que, aussitôt après le *judicium*, va avoir lieu une procédure destinée à faire porter l'obligation sur une somme d'argent ? Nous ne nous y croyons pas forcé, par ce motif que le texte ne précise pas le moment où l'estimation doit se faire. Il ne dit pas qu'elle doive avoir lieu immédiatement après le *judicium*, ni que le défendeur ne puisse se libérer, avant cette estimation, par la prestation en nature de la chose due. De sorte que, à supposer même, ce que je ne crois pas exact, que le texte doive être entendu des origines mêmes de la procédure des *legis actiones*, on peut l'entendre en ce sens que : à défaut d'exécution dans un certain délai, il y a lieu, avant de procéder aux rigueurs de la procédure d'exécution, de faire évaluer en argent l'intérêt du demandeur. J'aurai l'occasion de revenir sur ce texte. Ce que nous venons d'en dire, prouve qu'il ne répond pas à la question que nous nous sommes posée. Je tiens cependant à faire remarquer que ce texte, quelque sens qu'on lui attribue, s'applique à toutes les actions, et pas seulement aux actions réelles. En effet Gaius, au début du paragraphe, parle de toutes les actions : il est probable que la seconde phrase est également générale. Pour que cette phrase ait cette généralité, il faut que le mot *petamus* ne soit pas pris dans son sens propre ; or c'est ce que prouve le texte même, qui indique, comme objet de cette *petitio*, des choses qui en général ne font pas l'objet d'une revendication : *aurum, argentum*.

Si le § 48 ne nous fournit pas la solution que nous cherchons, j'estime que cette solution se trouve dans le § 16. Le défendeur à l'action réelle, ou plus exactement celui des deux plaideurs qui obtient les *vindiciæ*, promet de rendre la chose et les fruits, et non la valeur de la chose et des fruits. Dès lors il faut admettre que, ayant échoué, il se libérera en

livrant la chose elle-même avec les fruits. La conclusion me paraît forcée, car je ne vois absolument pas pour quel motif le défendeur eût promis une chose : la restitution en nature, pour être en réalité tenu d'une autre chose : le paiement d'une somme d'argent. — A l'appui de cette manière de voir, on remarquera que, dans la même hypothèse d'une action réelle, si c'est le possesseur intérimaire qui triomphe, il garde certainement la chose et les fruits. Il est très vraisemblable que son adversaire devait, en cas de succès, être mis dans la même situation et recouvrer la chose elle-même.

Cette conclusion, qui ne semble s'appliquer qu'aux actions réelles, est également vraie des actions personnelles. Elle s'y applique directement, et pas seulement par analogie, car, si le défendeur à l'action réelle est tenu d'effectuer une prestation quelconque, c'est en vertu de la promesse qu'il a faite, et qui, nous l'avons indiqué plus haut, est sanctionnée par une véritable action personnelle.

Le *judicium* terminé par une sentence rendue en faveur du demandeur, celui-ci n'a donc, pour le moment rien de plus à faire : le défendeur est en demeure d'exécuter en nature la prestation reconnue à sa charge.

Il est évident cependant que le demandeur, qui a obtenu gain de cause, ne peut être forcé d'attendre indéfiniment son bon plaisir. Un délai était vraisemblablement fixé au défendeur, au bout duquel la loi devait mettre au service du demandeur, certains moyens de vaincre sa résistance.

Quels sont ces moyens ? y aura-t-il exécution forcée, comme on dit : *manu militari ?* Devrons-nous appliquer ici le texte de Gaius, dont nous avons parlé ci-dessus, et admettre que le demandeur devra faire évaluer en argent la prestation que le débiteur n'a pas pu, ou n'a pas voulu exécuter en nature ?

Ni l'une, je crois, ni l'autre de ces hypothèses ne doit être admise.

On a soutenu qu'il pouvait y avoir exécution forcée, au moins en matière réelle. Je dois d'abord repousser la distinction que l'on veut établir ici entre les actions personnelles et les actions réelles, comme absolument dénuée de fondement. Dans les unes et dans les autres, le défendeur est tenu d'une obligation. Il doit l'exécuter en nature. S'il ne le fait, il n'y a pas de motif d'admettre l'exécution forcée dans les unes, et non dans les autres. La distinction ne se fonde d'ailleurs que sur le mot : *petamus* du § 48 de Gaius. Nous avons déjà vu que ce texte est général.

Avec ou sans distinction, le système de l'exécution forcée n'a d'ailleurs aucun autre fondement que ce même texte. Or la conclusion

qu'on en prétend tirer, est singulièrement hardie. Même en lisant le texte ainsi : *sicut olim fieri solebat, sed, æstimata re....*, rien n'autorise à croire que cette condamnation *ad ipsam rem* ait pu être exécutée de force. – D'ailleurs, nous n'avons pas admis cette manière de lire le texte. L'argument que l'on appuie sur cette leçon n'a donc aucune valeur pour nous (17).

Dirons-nous, sur la foi de ce § 48, lu comme il doit l'être, que le demandeur devra faire procéder à une estimation pécuniaire de la chose due, avant de pouvoir recourir à la procédure d'exécution proprement dite ? Nous ne le ferons pas. Nous croyons qu'il en fut ainsi plus tard, en vertu d'une disposition expresse de la loi Pinaria, et que c'est à l'état de choses créé par cette loi que se réfère Gaius, et aussi le texte d'Aulu-Gelle, cité à la note précédente. Nous ne pensons pas qu'il en ait été ainsi dès l'origine, précisément parce que si cette marche avait été usitée dès le début, la loi Pinaria n'aurait pas eu à l'établir. Que l'on veuille bien, pour le moment, admettre comme certain ce que nous démontrerons plus loin, savoir : que ce fut la loi Pinaria qui créa l'*arbitrium litis æstimandæ*, et obligea le créancier à faire estimer son droit avant de recourir à la procédure d'exécution, et l'on n'aura aucune peine à admettre, ce que je crois la vérité, qu'avant cette loi, le créancier pouvait recourir directement à la procédure d'exécution, au bout du délai, accordé au débiteur, pour exécuter en nature l'obligation reconnue à sa charge par la sentence du juge.

Cette procédure d'exécution, c'est la *manus injectio*. Voici, en combinant les renseignements que nous ont laissés sur cette *legis actio*, Gaius, IV, 21 et Aulu-Gelle, XV, 13 et XX, 1, et en tenant compte de ce que nous avons dit ci-dessus, comment j'en conçois le fonctionnement primitif.

A l'expiration du délai accordé au débiteur pour exécuter en nature, c'est-à-dire au bout de trente jours, le créancier le fait comparaître *in jure*, met la main sur lui (*manum injicit*), en prononçant certaines pa-

---

(17) On pourrait être tenté de dire que l'exécution forcée doit au moins être admise dans une certaine catégorie d'actions : celles qui tendent à l'application d'une peine corporelle au défendeur qui succombe (par ex. : l'action accordée à celui auquel un autre a rompu un membre, action tendant à l'application du talion. Voy. Festus, *v° talio*). Je crois que, même dans ces actions, il n'y avait pas d'exécution forcée. D'abord par analogie avec ce qui avait lieu en tout autre cas. Ensuite à raison d'un texte d'Aulu-Gelle (XX, 1), qui nous apprend que lorsque le défendeur : *qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite, judex pecuniæ hominem damnabat.*

roles solennelles, et se le fait attribuer par le magistrat, à moins qu'il ne paie séance tenante. Dès lors, le débiteur est *addictus*, le créancier peut l'emmener dans sa maison, le jeter en prison, le charger de chaînes. Au bout de soixante jours, le créancier peut infliger à l'*addictus* tel traitement qu'il veut; il peut le tuer, le vendre au-delà du Tibre, il peut sans doute aussi le retenir dans les fers et le maltraiter.

On voit que nous admettons la possibilité de la *manus injectio*, à la suite d'un jugement (et il faut en dire autant d'un aveu) terminant une action quelconque, et pas seulement à la suite d'un jugement ou aveu intervenu dans une action fondée sur une dette d'argent. Certains textes ont cependant amené un assez grand nombre d'auteurs à croire que la *manus injectio* ne pouvait être exercée qu'à l'occasion d'une dette d'argent. Cette opinion se réclame d'une foule de textes, parmi lesquels il n'y a de sérieux que deux passages d'Aulu-Gelle, XX, 1 : *Confessi igitur æris ac debiti judicatis, triginta dies sunt dati....*; et plus loin : *Æris confessi rebusque jure judicatis, triginta dies justi sunto.* Mais ces textes ne peuvent être entendus en ce sens que la dette d'argent autorise seule la *manus injectio.* Cela est surtout apparent pour le second: *rebus jure judicatis*, est général, et s'applique au jugement rendu sur une action quelconque. Ce texte prévoit deux hypothèses distinctes : l'aveu d'une dette d'argent, — le jugement portant sur une dette quelconque. Il en est de même du premier, qui doit être lu ainsi : Après un aveu d'argent et après un jugement rendu sur ce qui était dû. D'ailleurs Gaius ne distinuge pas : il parle de *manus injectio* à la suite de *judicatum* en général. Ajoutez à cela que l'action *judicati* du droit classique aboutit au double dans le cas d'*infitiatio*, quel qu'ait été l'objet de la première action, ce qui est encore un argument en faveur de l'opinion, que j'adopte et d'après laquelle la situation du *judicatus* était la même à l'origine, sur quelque action que fût intervenue la sentence.

Cependant tout semble prouver que l'*addictus* était tenu, dans tous les cas, d'une somme d'argent déterminée. Je ne parle pas de la formule que Gaius met dans la bouche du *manum injiciens : ob eam rem ego tibi HS decem milium judicati manum injicio.* Il n'y a là peut-être qu'un exemple. Dans tous les cas, le texte de Gaius peut se référer à l'époque postérieure à la loi Pinaria, où le créancier devait, ainsi que nous l'avons dit, faire évaluer son droit, et où par conséquent la *manus injectio* ne pouvait plus être exercée qu'à raison d'une dette d'argent. Mais, abstraction faite de ce texte, il y a assez de preuves que l'*addictus* est tenu d'une somme d'argent. Les soixante jours pendant lesquels le créancier doit s'abstenir de le maltraiter, et même pourvoir à son entretien, lui sont accordés pour qu'il puisse rassembler la *somme d'ar-*

gent, dont le paiement le libérera. Trois fois, pendant ces soixante jours, le créancier doit le conduire sur la place des comices, et proclamer à haute voix la *somme d'argent* qui lui est due.

Comment résoudre cette espèce d'antinomie ? D'une part, la *manus injectio* peut être exercée contre une personne tenue d'une dette quelconque, reconnue par jugement ou aveu : d'autre part, la *manus injectio* effectuée, le débiteur *addictus* est tenu d'une somme d'argent. Tout sera concilié, si l'on veut bien admettre, avec moi, qu'au moment où il exerce la *manus injectio*, le créancier fixe lui-même la somme, moyennant laquelle il consentira à relâcher son débiteur.

Il semble exorbitant, au premier abord, d'accorder au créancier le droit de fixer, à sa guise, la somme que le débiteur devra payer pour échapper aux rigueurs de la *manus injectio*. Rien de plus facile à admettre cependant, si l'on réfléchit que sans doute, au début, la *manus injectio* exercée contre le débiteur, le mettait immédiatement à la merci du créancier. Dans une telle situation, l'*addictus* devait s'estimer heureux que le créancier voulût bien ne pas le maltraiter, à condition de recevoir une somme d'argent, quelque élevée fût-elle. Un tel rachat dut sans doute se pratiquer fréquemment, si bien que la loi finit par le rendre obligatoire pour le créancier. Elle exigea que celui-ci, exerçant la *manus injectio*, fixât la somme moyennant laquelle il consentirait à ne pas user de rigueur envers le débiteur, et accorda à ce dernier, pour se la procurer, un délai de soixante jours, pendant lequel le créancier dut s'abstenir de toute violence.

Cette hypothèse, en elle-même acceptable, trouve un appui sérieux dans les règles relatives au *furtum manifestum* admises à l'époque des XII Tables, et d'après lesquelles la *manus injectio* pouvait être directement exercée contre le *fur manifestus*, je veux dire, sans qu'il fût nécessaire d'avoir obtenu au préalable aucune condamnation contre lui (18). Cette procédure se comprend, si l'on admet que le *manum injiciens* fixait une somme moyennant laquelle il relâcherait le voleur ; elle ne se comprend pas, s'il n'était pas obligé de faire cette fixation, car le *fur* se fût trouvé sans aucun moyen de se libérer, ce que je ne crois pas admisible. — A l'époque des XII Tables, il y avait donc au moins un cas de *manus injectio*, où celui qui l'exerçait fixait à sa guise le prix du rachat de l'*addictus*. Nous croyons que cette fixation arbitraire n'était plus admise, à l'époque des XII Tables, que dans cette hypothèse

(18) Voy. Gaius, III, 189.

exceptionnelle. Mais pourquoi cette exception ne serait-elle pas un reste d'une règle autrefois générale ?

ARTICLE II.

LA THÉORIE PRIMITIVE DES ACTIONS.

Le rapide exposé que nous venons de faire du premier état des *legis actiones*, nous permet de fixer dans ses grandes lignes la théorie primitive des actions. Nous avons eu l'occasion d'en indiquer les plus importantes des règles pratiques de procédure. En examinant de plus près les différentes phases de la marche d'une instance, nous découvrirons cependant encore certaines règles ou mieux certains principes que l'on peut rattacher à la procédure. Nous les énumérerons dans un premier paragraphe. Dans un second paragraphe, nous passerons en revue les différentes divisions des actions, admises dans ces temps reculés.

§ I. — Règles de procédure.

Je n'ai pas l'intention de décrire ici à nouveau la procédure primitive des Romains. Je ne veux qu'insister spécialement sur certaines particularités de cette procédure. Les points, sur lesquels je crois utile d'attirer ainsi tout particulièrement l'attention, font l'objet des numéros suivants.

I. — LE FAIT DE CONTESTER UN DROIT APPARTENANT A AUTRUI EST UNE SORTE DE DÉLIT, COMME LE FAIT DE RÉCLAMER UN DROIT QUE L'ON NE POSSÈDE PAS.

Cette proposition est toute prouvée par la manière dont s'intente l'action : l'une et l'autre parties sont obligées de déposer une certaine somme d'argent, le *sacramentum*, que le perdant est obligé d'abandonner.

On a prétendu que cette sorte de pari, qui a lieu entre les deux plaideurs, était nécessaire pour que la question litigieuse pût être soumise au juge. Ou cette prétendue justification de l'usage du *sacramentum* ne signifie rien, ou elle veut dire que l'on ne peut imposer à quelqu'un la décision d'un juge, que si cette personne a d'avance consenti à la respecter. Je crois qu'en réalité cette idée fut celle des Romains : je n'en veux pour preuve que la nature contractuelle attribuée à la *litis contestatio*. Sans doute ce prétendu contrat n'est rien moins que libre, et le défendeur bien souvent s'y soustrairait volontiers. Mais enfin, s'il con-

sent à l'organisation du *judicium* (19), il y a bien certainement un acte de volonté de sa part. Mais, de ce qu'il faut, pour que le *judicium* puisse avoir lieu, un accord de volontés, au moins formel, sinon réel, il n'en résulte pas que cet accord doive se produire sous forme de pari. Une convention, dénuée de toute sanction pécuniaire, suffirait. Si donc cette convention doit être telle que l'échec de l'une des parties doive entraîner pour elle la perte d'une certaine somme d'argent, c'est qu'une autre idée préoccupe les Romains. Cette idée ne peut être que celle que j'indiquais, savoir : qu'il y a, à affirmer un droit qui ne nous appartient pas, comme à nier un droit existant, une espèce particulière de délit, qu'il importe de réprimer.

Il importe de remarquer que ce délit ne suppose en aucune façon l'intention mauvaise ; il résulte du fait même d'agir en justice sans droit, ou de résister à une action fondée. Il n'y a rien là de particulier à ce délit : tout porte à croire qu'il en était de même de tous les autres.

II. — La *litis contestatio* a le caractère contractuel quelle que soit la *legis actio* qu'elle termine ; elle ne peut être considérée comme éteignant le droit déduit en justice que si cette *legis actio* tend a l'organisation d'un *arbitrium*.

Je viens de dire que le fait de consentir à l'organisation du *judicium*, auquel tend la *legis actio sacramenti*, quelque moralement forcé qu'il soit, implique cependant un véritable consentement. Il faut en dire autant du fait de consentir à l'organiration de l'*arbitrium*, auquel tend la *judicis*, ou mieux l'*arbitri postulatio*. Dans l'un et l'autre cas, ce consentement devient irrévocable au moment où, toutes les solennités de la *legis actio* étant accomplies, les parties prennent à témoin les personnes qui, convoquées à cet effet, ont assisté à toutes les phases de la procédure *in jure*. Cette prise à témoin s'appelle *litis contestatio* (Festus, *v° contestari*). Un consentement n'ayant de valeur que losque, et du moment où il est irrévocable, on peut dire que le consentement à l'organisation du *judicium* ou de l'*arbitrium*, est donné au moment de la

---

(19) Notez que ce consentement est nécessaire. Si le défendeur ne consent pas à l'organisation du *judicium* (à l'époque qui nous occupe, s'il refuse de répondre à la *provocatio sacramenti)*, aucun *judicium* ne sera organisé. L'action par défaut n'existe pas. Tout ce qu'il sera possible de faire contre l'*indefensus*, ce sera, à l'époque classique, de prononcer au profit du demandeur une *missio in possessionem* de ses biens, et sans doute, à l'époque où nous sommes, d'autoriser contre lui une *manus injectio* (Tite-Live, III, 57).

litis contestatio. Il y a d'ailleurs un tel consentement tant de la part du demandeur, qui persiste à réclamer cette organisation, que de la part du défendeur qui ne s'y oppose pas. On peut donc dire que, dès l'époque reculée dont nous parlons, la *litis contestatio* a le caractère de contrat, et qu'il en est ainsi quelle que soit la *legis actio* qu'elle termine.

A l'époque classique, la *litis contestatio*, outre son caractère contractuel, a, dans certains cas, pour effet d'éteindre le droit primitif du demandeur. Comme d'autre part, elle fait naître à son profit le droit de poursuivre la procédure, on en vint à la comparer à la novation. En est-il de même à l'époque qui nous occupe ? je veux dire : le droit antérieur à la *litis contestatio* peut-il être considéré comme éteint par elle ?

Il nous faut distinguer. Le droit primitif ne peut être considéré comme éteint par la *litis contestatio* qui clôt la *legis actio sacramenti*. Sans doute, après cette *litis contestatio*, le droit primitif ne peut plus être invoqué pour demander l'organisation d'une *legis actio* semblable à celle qui vient d'être exercée : il est en effet de règle que la même *legis actio* ne peut être exercée deux fois relativement à la même chose (Gaius, IV, 108). Mais le juge nommé étant uniquement chargé de vérifier l'existence du droit prétendu, il n'est pas possible de considérer sa sentence, ni *a fortiori* la *litis contestatio*, comme éteignant le droit qui a servi de base à l'action.

Il en est autrement de la *litis contestatio* qui termine l'*arbitri postulatio*. D'une part, cette *litis contestatio* accomplie, il n'est plus possible d'exercer une nouvelle *arbitri postulatio*, par application du principe général mentionné par Gaius (IV, 108) ; d'autre part, le droit primitif ne peut être considéré comme subsistant, que profondémet modifié. Sans doute l'*arbiter rei præstandæ*, le seul dont il soit question à l'époque où nous sommes placés, a pour unique mission de fixer le montant du droit primitif, et, en ce sens, il peut paraître exact de dire que sa décision le laisse subsister. Mais il est bien certain qu'à un droit indéterminé, cette décision substitue un droit liquide. Si le droit primitif subsiste, il a du moins changé de nature : autant dire qu'il a été remplacé par un droit nouveau. On le dira d'autant plus volontiers, que l'on réfléchira à la liberté d'appréciation très grande, qui appartient, dans la plupart des cas, à l'*arbiter rei præstandæ*. Mais si le droit, sur lequel s'est fondée la demande d'arbitre, est destiné à s'éteindre par la décision de cet arbitre, autant dire qu'il est éteint dès la *litis contestatio* qui termine l'*arbitri postulatio*. Dès ce moment en effet, il est certain que ce droit, qui ne peut plus être invoqué pour demander l'organisation d'un nouvel *arbitrium*, ne produira plus aucun effet, que transformé par la décision de l'arbitre ; plus exactement il est certain qu'au-

cun nouvel effet ne pourra se produire que moyennant la création d'un nouveau droit par la décision de l'arbitre. Dès la *litis contestatio* par conséquent le droit primitif n'est plus susceptible de produire aucun effet. On peut donc très exactement le considérer comme éteint par cette *litis contestatio*.

Je ferai observer ici que cette circonstance, que la *litis contestatio*, qui clôt l'*arbitri postulatio*, peut être considérée comme éteignant le droit sur lequel s'est fondée la demande d'arbitre, est, à notre époque, dépourvue de toute conséquence pratique. Si néanmoins je l'ai mise en lumière, c'est que j'y vois le germe de la théorie classique de la *litis contestatio*. Nous verrons plus loin comment ce germe se développa.

A côté de la *litis contestatio* dans la *legis actio sacramenti*, qui a le caractère contractuel, mais non celui d'éteindre le droit antérieur, et de la *litis contestatio* de la *postulatio arbitri rei præstandæ*, qui possède ce second caractère aussi bien que le premier, nous trouvons, dans une autre phase de la procédure, une circonstance qui a pour effet de changer l'objet du droit, ou, si l'on veut, le droit lui-même, sans avoir le caractère contractuel. Je veux parler de la *manus injectio*. A partir du moment où elle a eu lieu, ou plutôt à partir du moment où l'*addictio* a été prononcée, le débiteur ne se libère plus en accomplissant son obligation en nature : désormais il doit payer la somme d'argent fixée par le *manum injiciens*. Je montrerai plus loin comment ce caractère fut enlevé à la *manus injectio*, pour être attribué à l'acceptation d'une nouvelle espèce d'*arbitrium*. Cette acceptation, constatée par une *litis contestatio*, présentant d'ailleurs le même caractère contractuel que l'acceptation de l'*arbitrium rei præstandæ*, il en résulta une augmentation notable du nombre des *litis contestationes*, à la fois contractuelles, et extinctives du droit antérieur.

III. — La décision du juge est une simple constatation du droit (*sententia*) ; celle de l'arbitre est une condamnation (*damnatio*).

Cette proposition n'est que la répétition, sous une autre forme, d'une partie de ce qui a été dit sous le numéro précédent. Déclarer purement et simplement l'existence ou la non existence d'un droit, donner son avis, par oui ou non, sur une question qui vous est soumise, c'est prononcer une *sententia*. Ce mot veut dire avis, manière de voir. Au contraire imposer à quelqu'un une obligation nouvelle, et différente, au moins à certains points de vue, d'une obligation antérieure, c'est prononcer une *damnatio*. Il est donc vrai de dire que le *judex* émet une *sententia*, que l'*arbiter* formule une *damnatio*.

Judicium, *sententia*, *litis contestatio* sans effet extinctif me paraissent, dans la théorie primitive, trois notions inséparables, absolu-

ment comme celles d'*arbitrium*, de *damnatio*, et de *litis contestatio* avec effet extinctif, qui en sont la contre-partie.

On verra plus tard que, si le *judicium* put par la suite aboutir à une véritable condamnation, si l'acceptation de ce *judicium* prit le caractère extinctif du droit antérieur, ce ne fut que parce que tout *judicium* se mélangea d'*arbitrium*.

Je ne veux pas anticiper sur ces explications. Je me borne à faire remarquer que, si, dans les actions réelles, celui des deux plaideurs, qui obtient les *vindiciæ*, est obligé de faire à son adversaire une promesse de restitution, cela résulte de ce que le juge proprement dit rend une simple *sententia*, constate le droit, *jus dicit* (Cf. Varron, *de ling. lat.*, V, 7), sans rien imposer. Sans cette promesse en effet, la décision du juge constatant le droit du non-possesseur, fût restée dénuée de toute conséquence pratique.

§ II. — Divisions des actions.

Les explications que j'ai à fournir ici, sur les divisions des actions, admises à l'époque primitive, sont contenues dans les propositions suivantes, qui sont, en grande partie, purement négatives.

I. — Il n'y a pas de division des actions en certaines et incertaines. Toute action est certaine.

Cela a été prouvé ci-dessus. Dans toute action, quel qu'en soit l'objet, le demandeur précise, dans les formules solennelles qu'il prononce *in jure*, non point toujours ce qu'il réclame, mais les points sur lesquels le juge du *sacramentum* devra porter son examen.

Ce juge statue d'ailleurs par oui ou non, se bornant à constater l'existence des faits allégués par le demandeur, ou leur inexistence. De là il résulte que toute inexactitude dans la formule prononcée par le demandeur, a pour conséquence nécessaire, son échec. C'est dans cette règle, combinée avec celle en vertu de laquelle la même *legis actio* ne peut être exercée deux fois, que se trouve, ainsi que nous le verrons en son lieu et place, l'origine de la théorie classique de la *plus petitio*.

II. — Il n'y a pas de division des actions en actions *bonæ fidei*, et en actions *stricti juris*. Toute action est *stricti juris*.

D'une manière plus générale, cette proposition doit être formulée ainsi : il n'y a pas de division des actions, en actions dans lesquelles on ne tient pas compte de l'équité, et en actions, dans lesquelles les considérations d'équité sont admises.

La preuve de cette proposition a été également fournie ci-dessus. Il

faut ici seulement remarquer que l'exactitude de cette proposition n'est pas altérée par la circonstance que l'*arbiter*, à la différence du juge, peut, s'il le veut, tenir compte de certaines considérations d'équité, dans la détermination, qu'il est chargé de faire, du montant de l'obligation. L'*arbitrium* en effet n'est qu'une phase de la procédure, une phase, en quelque sorte, secondaire ; toute action, même celle qui peut donner lieu à un tel *arbitrium*, passe nécessairement par le *sacramentum* et le *judicium*. *Legis actio sacramenti* et *judicium* sont, sans contredit, le moment le plus important de la procédure. Or, les considérations d'équité n'y sont point admises. Il est donc exact de dire que toute action est *stricti juris*, en donnant à ce mot son sens le plus exclusif de toute idée d'équité.

Nous avons montré précédemment que ce caractère appartient même aux actions qui dérivent d'un acte synallagmatique, à supposer, bien entendu, qu'il y ait, à l'époque où nous sommes, des actes dignes de ce nom. Il nous faut éclaircir ce point, et nous demander si l'acte synallagmatique était connu dans ces temps reculés.

Je n'ai pas à insister sur le sens de cette question. Il a été prouvé plus haut, par le fait même de l'existence de la *legis actio sacramenti*, qu'à supposer qu'il y eût à l'époque primitive quelque acte synallagmatique, cet acte devait avoir une physionomie toute différente de celle de l'acte synallagmatique de l'époque classique, lequel est en même temps de bonne foi. La question est de savoir s'il y avait à l'origine des actes synallagmatiques non de bonne foi, c'est-à-dire des actes produisant des obligations à la charge des deux parties qui y prenaient part, obligations d'ailleurs indépendantes l'une de l'autre. — Cette recherche peut paraître étrangère à notre sujet, et cependant elle s'y rattache étroitement. Il est clair en effet que si, à l'époque primitive, il y avait déjà plusieurs types d'actes synallagmatiques, ayant des fonctions et des noms distincts, c'est dans les transformations de ces actes que nous devrons chercher l'origine des actions de bonne foi ; nous n'aurons qu'à déterminer de quelle manière s'introduisit l'idée nouvelle, puisée dans l'équité, de faire dépendre l'une de l'autre les deux obligations nées d'un même acte. Au contraire, s'il est prouvé qu'à l'origine il n'y avait que des actes unilatéraux, nous aurons à rechercher, non-seulement comment on arriva à établir une dépendance réciproque entre les obligations nées de deux actes unilatéraux employés simultanément, c'est-à-dire comment naquit l'action de bonne foi en général, mais encore comment les diverses actions de bonne foi se distinguèrent les unes des autres, et comportèrent, outre l'application de règles communes, ces règles particulières à chacune, d'où résultent les dénominations spéciales sous lesquelles on les désigne.

Pour répondre à la question, dont le sens se trouve ainsi nettement déterminé, nous dirons qu'à notre avis, à l'époque primitive, il n'y avait pas d'acte synallagmatique. Ce qui ne veut pas dire que deux personnes ne pussent faire naître des obligations à la charge de l'une et de l'autre ; mais elles devaient se servir pour cela de deux actes unilatéraux, employés simultanément. Parmi les actes juridiques, admis à l'époque primitive, je n'en découvre qu'un seul qui eût un certain caractère synallagmatique, celui de produire, entre deux personnes, deux résultats distincts. Cet acte est le *nexum*.

Mais, me dira-t-on, le *nexum* sans doute, à cette époque lointaine, était le seul mode de s'obliger. D'où il résulte qu'à l'origine, toute obligation dérivait d'un acte synallagmatique.

Je suis loin d'admettre que le *nexum* ait été, à une époque quelconque, un mode général de s'obliger. Il faut d'abord remarquer que *nexum* est un terme générique qui s'applique à plusieurs opérations distinctes : il y a plusieurs espèces de *nexum*. En combinant les renseignements qui nous sont parvenus sur cette ancienne institution, et notamment ceux qui nous sont fournis par Festus (*v°* *nexum*), et Gaius (III, 173), on découvre qu'il y avait jusqu'à trois opérations qualifiées de *nexum*, et désignées sous les noms spéciaux de *nexi datio*, *nexi obligatio* et *nexi liberatio*.

Nous n'avons pas ici à nous occuper de cette dernière ; restent les deux autres.

La *nexi datio* ne s'appliquait qu'aux *res mancipi*. J'argumente, en ce sens, de ce que la *mancipatio*, qui incontestablement est un dérivé de la *nexi datio*, n'était applicable qu'à ces choses. Le mécanisme de cette *nexi datio* était des plus simples : l'une des parties consentait à aliéner une *res mancipi*, l'autre remettait en échange une certaine quantité de métal (*aes*), que l'on pesait. Le tout accompagné et revêtu de formules solennelles, prononcées en présence de témoins et de celui que l'on appelait *libripens*.

Dans cette première phase de son développement, la *nexi datio* ne donne naissance à aucune obligation. C'est une vente solennelle au comptant, ou, plus exactement, elle sert à exécuter une vente antérieure avec terme d'égale durée accordé aux deux parties, ou sans terme, lorsque cette vente porte sur une *res mancipi* (20). Cette opération cepen-

---

(20) Cela étant, on me demandera sans doute de quelle manière s'effectuait l'aliénation des *res mancipi*, lorsque les parties voulaient réaliser, non une vente, mais

dant se rapproche, jusqu'à un certain point, de l'acte synallagmatique, en ce sens que, opération unique, elle produit un double effet : la double aliénation. Ce caractère a des conséquences importantes : recevoir le prix, alors que la chose que l'on aliène ne vous appartient pas, constitue un délit, une sorte de vol. L'acheteur, s'apercevant qu'il n'a pas été rendu propriétaire, peut exercer contre le vendeur une action spéciale,

---

une autre opération. Je réponds que vraisemblablement les *res mancipi* ne pouvaient être aliénées qu'à titre de vente. On a beaucoup discuté sur l'origine de la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*. Je suis très porté à croire qu'à l'origine elle n'existait pas, pas plus que la *nexi datio :* toute chose sans doute, à cette époque, pouvait être aliénée par tradition. Servius Tullius, en instituant le cens, et la distinction de différentes classes de citoyens d'après leur fortune, imagina de mettre à part les *res mancipi* : ce furent ces choses-là seules qui, considérées comme les plus précieuses, furent soumises à l'inscription sur les tables du cens, et servirent de base à la répartition des citoyens dans les différentes classes (A l'appui : Cicéron, *pro Flacco*, c. 32, et Sénèque, de *beneficiis*, VII, 4). Pour empêcher cependant que l'on ne pût, ayant été rangé pour cinq ans dans une certaine classe, s'appauvrir, par des aliénations inconsidérées, au point de se rendre incapable de supporter les charges attachées à cette classe, Servius voulut que les *res mancipi* ne pussent être aliénées que moyennant un prix versé devant témoins. En d'autres termes, il créa la *nexi datio*, et décida que les *res mancipi* ne pourraient plus être aliénées que par ce mode spécial. Cette règle de Servius Tullius se maintint jusqu'à la loi des XII Tables, qui la consacra à nouveau, décidant que la propriété des choses *mancipi* ne pourrait être acquise que moyennant un prix payé devant témoins (c'est cette disposition que Justinien considère maladroitement comme établissant la règle toute différente, en vertu de laquelle à l'époque de cet empereur, et dès l'époque classique, la propriété d'une chose quelconque livrée en exécution d'une vente, n'était acquise à l'acheteur, que lorsque celui-ci payait le prix ou fournissait quelque sûreté en garantissant le payement. Voy. § 41, Inst., II, 1). Nous verrons comment cette règle, qui survécut aux XII Tables, et ne fut même jamais expressément abrogée, fut peu à peu tournée, et destituée de toute efficacité.

Quoi qu'il en soit, si l'on accepte cette explication, que je crois plausible, de la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, et de l'origine de la *nexi datio*, il faut admettre qu'au moins à l'époque de Servius Tullius, l'*in jure cessio* était inapplicable aux choses *mancipi*. Je crois, pour ma part, qu'elle n'avait pas encore été imaginée, et que, si elle le fut plus tard, ce fut précisément dans le but d'échapper à la rigueur de la règle de Servius. Si l'on me demande de quelle manière s'effectuait l'aliénation des *res nec mancipi*, je répondrai que c'était par la tradition, qui, sans doute, à cette époque lointaine, s'appliquait indistinctement aux *res corporales* et *incorporales* (à l'appui de ce dernier point, argument de l'usucapion des servitudes, admise antérieurement à la loi Sribonia, usucapion d'où l'on peut conclure que très vraisemblablement la tradition, ou si l'on veut, la quasi-tradition d'une servitude, émanant *a domino*, suffisait à l'établir. Voy. l. 4, § 29, D., *de usurp. et usucap.*, XLI, 3).

qui, à raison des circonstances dans lesquelles elle prend naissance, porte le nom d'action *auctoritatis* (21).

Si, de cette première phase du développement de la *nexi datio*, nous passons aux suivantes, nous constaterons que, dans aucune, cette opération ne donna naissance à aucune obligation.

La première modification qu'elle subit, résulta de la diffusion de l'usage de la monnaie d'argent. Cette monnaie ne se pesait pas, mais se comptait. Le prix qui doit nécessairement figurer et être payé dans la *nexi datio*, ne sera donc plus pesé. Cependant, pour conserver autant que possible les solennités de cette antique opération, à côté de ce prix en argent, l'acquéreur remet à l'aliénateur un petit morceau d'airain, *aes*, avec lequel il a au préalable frappé la balance, pour rappeler le pesage autrefois usité. Dans cette deuxième phase, la *nexi datio* nous apparaît avec un double prix : le prix en argent et l'*aes*. Ce der-

---

(21) Ce que je dis ici de l'action *auctoritatis*, n'est pas admis par tout le monde. Certains auteurs prétendent que l'action *auctoritatis* n'était accordée que lorsqu'une clause particulière avait été insérée dans la *nexi datio*. Cette opinion, qui invoque en sa faveur deux textes de Cicéron (*pro Murena*, II, 3, et *de officiis*, III, 16), dont le premier ne prouve rien, et dont le second, sur lequel nous reviendrons, ne s'applique pas à l'hypothèse d'une *nexi datio*, est nettement condamnée par Paul (*Sent.*, II, 17, §§ 1, 2, 3), et Varron (*de re rustica*, II, 10, § 5), qui s'accordent à dire, d'une manière indirecte, mais on ne peut plus claire, qu'il n'est nul besoin de stipulations de garantie, alors qu'une *res mancipi* est aliénée par mancipation, ce qui implique que, dans ce cas, l'acquéreur est de plein droit muni de l'action *auctoritatis*.

D'autre part, on prétend que l'action *auctoritatis* ne peut être exercée, que si l'aliénateur *non dominus* a négligé de prêter à l'acquéreur l'assistance que celui-ci lui a demandée, pour repousser les prétentions d'un tiers qui se prétend propriétaire. Dans cette opinion, qui n'invoque guère en sa faveur que la formule : *quando in jure te conspicuo, postulo anne fuas auctor*. mentionnée par Valerius Probus, et par Cicéron (*pro Caecina*, XIX, 54, et *pro Murena*, XII, 26), le mot *auctoritas* désignerait l'assistance réclamée par l'acquéreur. — Le § 1 de Paul, II, 17, prouve que l'action *auctoritatis* est ouverte à l'acquéreur par le seul fait que le *nexi dans* n'était pas propriétaire. Il n'a pas besoin d'attendre l'attaque d'un tiers ; que s'il est actionné par un tiers, il n'a pas besoin, pour se ménager un recours contre le vendeur, de le sommer de l'assister : le procès terminé, il pourra exercer contre le vendeur l'action *auctoritatis*, encore bien qu'il ne lui ait adressé aucune notification de ce procès. L'action *auctoritatis* tire son nom de ce que la qualification d'*auctor* est spécialement réservée à celui qui, procurant à un autre une *res mancipi*, *augmente* son patrimoine. Enfin la formule : *quando in jure...* etc., pouvait fort bien être adressée par l'acquéreur, actionné par le propriétaire, au vendeur présent à la procédure *in jure*, pour se ménager, en cas de réponse affirmative de ce vendeur, un moyen de triompher dans l'action *auctoritatis* imminente.

nier ne pouvait être seul, comme il le put plus tard dans la mancipation du droit classique. Ce qui le prouve bien, c'est que jusqu'à une époque récente, les parties, qui voulaient décharger l'aliénateur du risque de l'action *auctoritatis*, ne pouvaient que diminuer le prix en argent, le réduire à une somme dérisoire, à un seul sesterce : elles ne pouvaient pas le supprimer totalement (Arg. : table de Bétique, reproduite dans l'*Enchiridion* de Giraud, p. 655). Il est à remarquer que, en réduisant ainsi le prix, en faisant une *nexi datio nummo uno*, les parties ne supprimaient pas l'action *auctoritatis :* elles ne faisaient que lui enlever toute utilité pour l'acquéreur, puisqu'elle ne pouvait lui faire obtenir que le double du prix payé *in ipso negotio ;* dans le cas particulier, le double du *nummus unus*.

Je dis : le double du *nummus unus*. Cela implique que l'*aes*, le petit morceau d'airain, n'était pas pris en considération dans le calcul du montant de l'action *auctoritatis*. Je crois qu'il en était réellement ainsi, à cause de la valeur tout à fait insignifiante de ce minuscule lingot.

Si l'action *auctoritatis*, ouverte à l'acquéreur *a non domino*, ne présentait pour lui aucune utilité, alors que la *nexi datio* avait eu lieu *nummo uno*, cette action n'en présentait pas moins un réel danger pour l'aliénateur *non-dominus*. Sans doute elle n'aboutissait qu'à une condamnation pécuniaire sans importance, mais il est probable que cette condamnation entraînait l'infamie pour celui qu'elle frappait.

Ce fut pour supprimer ce danger qu'à une époque qu'il est difficile de préciser, mais qui est nécessairement postérieure à la Table de Bétique, et que je crois antérieure à la rédaction des Commentaires de Gaius, on fit subir à la *nexi datio* une nouvelle transformation. On s'avisa que la suppression totale du prix en argent laisserait néanmoins subsister dans la *nexi datio* un certain prix : l'*aes*, précisément, le petit morceau d'airain. L'antique règle, toujours en vigueur, de la nécessité d'un prix ne serait pas violée, et du même coup l'action *auctoritatis* disparaîtrait, car il était admis que cet *aes* n'était pas pris en considération dans l'action *auctoritatis*. Notez bien en quoi consista l'innovation. On ne supprima pas la possibilité de faire une *nexi datio*, accompagnée du payement d'un prix en argent, et donnant lieu à l'action *auctoritatis ;* mais il fut désormais possible, ce qui ne l'était pas jusque-là, de faire une *nexi datio* ne contenant le payement d'aucun prix en argent et n'entraînant par conséquent pas l'action *auctoritatis*.

Ce qui prouve la réalité de cette innovation, c'est la description que Gaius nous fait de la mancipation (22), description dans laquelle il ne

(22) Gaius, I, 119.

parle pas de prix en argent, et le silence qu'il garde sur l'action *auctoritatis*. De cette double circonstance, en effet, il est permis de conclure qu'à son époque, il était possible de faire une *nexi datio*, une mancipation ne contenant pas d'autre prix que l'*aes*, — et d'autre part que la réception de cet *aes* n'entraînait pas l'action *auctoritatis*.

Un acte de vente de l'année 139 après J.-C., trouvé en Transylvanie, qui est reproduit dans l'*Enchiridion* de Giraud (p. 652), prouve également la réalité de l'innovation dont nous parlons, du moins en ce qui concerne la possibilité de faire une mancipation sans payer aucun prix en argent. Il est vrai que cet acte porte que l'acquéreur : *mancipio accepit.... denariis* CCV, d'où l'on pourrait conclure que ces deux cent cinq *denarii* ont été payés dans la mancipation elle-même. Le titre lui-même démontre qu'il n'en est rien ; l'aliénateur en effet déclare à la fin de l'acte qu'il a effectivement reçu les CCV *denarii*. Si je ne me trompe, cela prouve bien que le prix n'avait pas été payé *in ipsa mancipatione*, car, s'il l'avait été, la mention finale serait plus qu'inutile : elle serait ridicule. Ces mots : *mancipio accepit.... denariis* CCV, prouvent cependant que le prix avait joué un certain rôle dans la mancipation : s'il n'y avait pas été payé, sans doute qu'il y avait du moins été déclaré.

Dans tout ce qui précède, j'ai présenté l'action *auctoritatis* comme résultant de la réception d'un prix en argent dans la *nexi datio* elle-même. La simple déclaration de ce prix en argent ne donnait-elle pas aussi au *mancipio accipiens* le droit d'exercer cette action, si le prix venait à être payé ultérieurement ? Il faut sans hésiter répondre négativement. Ce qui met ce point hors de doute, c'est ce même acte de vente. Le prix en argent a été déclaré *in ipsa mancipatione*, et cependant les parties ont bien soin de faire une stipulation pour le cas d'éviction. Cette stipulation est inutile lorsque l'action *auctoritatis* existe. C'est donc qu'ici elle n'existe pas, qu'en général la déclaration du prix ne donne point naissance à cette action.

Mais du moins la déclaration d'un prix dans la mancipation n'oblige-t-elle pas à le payer ? Il faut distinguer. Bien certainement une telle déclaration oblige à payer le prix, depuis que la vente consensuelle est munie d'action, car la mancipation, accompagnée d'une telle déclaration, peut être considérée comme se doublant d'une vente. C'est pour cela sans doute que les auteurs de notre acte de vente de Transylvanie avaient mentionné le prix dans la mancipation : cela avait été pour eux une manière de conclure la vente. Mais, abstraction faite de cette vente consensuelle, la déclaration du prix dans la mancipation n'eût pas obligé le *mancipio accipiens* à payer le prix. Ce qui le prouve, c'est

encore notre acte de vente, dont le rédacteur a eu bien soin de dire : *emit mancipioque accepit.... denariis* CCV. Sans doute le mot *emit* est, si l'on veut, inutile, puisque la réalité de la vente s'induit des circonstances, et non de l'emploi des mots *emere*, *vendere*, mais il me semble que l'insertion de ce mot, à côté des mots *mancipio accepit*, prouve que l'obligation de l'acheteur résulte de la vente, et non de la mancipation, en tant que mancipation.

Si cette manière de voir est exacte, il faut dire que, à l'époque où la vente consensuelle n'était pas encore munie d'action, la déclaration du prix dans la *nexi datio*, ne donnait pas naissance à l'obligation de le payer. D'une manière générale, nous pouvons conclure que la *nexi datio* ne donna jamais naissance à aucune obligation à la charge du *mancipio accipiens*.

Mais la *nexi datio*, employée d'une certaine façon, ne peut-elle pas donner naissance à certaines obligations à la charge du *mancipio dans* ? Voici comment les choses vont se passer : une personne se mancipe elle-même à une autre, en échange d'une somme d'argent qu'elle touche immédiatement. Les règles de la *nexi datio* sont observées : il y a d'une part un prix payé ; de l'autre, aliénation d'une *res mancipi*, la personne elle-même. L'effet de cette mancipation est d'ailleurs retardé, et ne se produira dans toute sa rigueur que si celui, qui s'est ainsi mancipé, ne rembourse pas la somme qui lui a été comptée. Cette personne se trouve ainsi grevée d'une obligation de somme d'argent née d'un prêt réel, ou même fictif, car pourquoi n'y aurait-il pas *nuncupatio*, déclaration, d'une somme supérieure à celle qui a été véritablement déboursée par le *mancipio accipiens* ? Rien de plus simple, on le voit, que cette application de la *nexi datio*, aboutissant à mettre à la charge d'une personne, de celle qui joue le rôle de *mancipio dans*, une obligation de somme d'argent se rattachant en réalité à une opération quelconque : vente, louage, prêt, donation, etc.

Je ne nierai pas qu'à l'origine, une personne pût se donner elle-même *in mancipium ;* je crois même que cette aliénation de sa propre personnalité devait être très fréquente à l'époque primitive. Que l'on ne m'objecte pas le grand principe de l'inaliénabilité de la liberté : il ne fut, à mon sens, sanctionné à Rome que par la loi Petilia Papiria, de l'an 428, qui vint précisément défendre de se soumettre ainsi à la puissance d'autrui. Mais je crois que l'idée que quelques-uns se font des circonstances dans lesquelles se produisait cette aliénation, et de ses effets, idée que nous venons d'exposer, est radicalement fausse. Par quel procédé en effet reculera-t-on l'effet de la mancipation ? Elle ne peut être conditionnelle : tout le monde en convient. Aussi suppose-t-on une

distinction entre le droit, qui serait immédiatement acquis au *mancipio accipiens*, et l'exercice du droit, qui ne lui serait ouvert que plus tard, entre le droit et la possession. Je n'ai pas besoin de dire que cette distinction paraît bien savante pour ces temps primitifs. Je demande d'ailleurs en vertu de quel principe le *mancipio accipiens* ne pourrait pas exercer son droit. D'autres supposent un contrat de fiducie, intervenu entre les deux parties. Mais qui ne voit que l'on prétend donner à ce contrat des effets tout différents de ceux qu'il produit d'ordinaire ? L'acquéreur avec pacte de fiducie entre en possession immédiatement. Ici il en serait autrement. Pourquoi ? D'ailleurs je nie que celui qui s'est mancipé puisse avoir aucun droit contre celui en la puissance duquel il s'est mis : ce droit appartiendrait à ce dernier lui-même, et s'éteindrait par confusion.

Pour moi, l'aliénation de sa propre personne ne fut jamais une manière de s'obliger, et l'on ne devait se résoudre à cette extrémité que pour détourner de sa tête les rigueurs de créanciers que l'on ne pouvait satisfaire. Traîné en prison, enchaîné, menacé de mort, s'il ne paie pas, l'*addictus* n'a plus qu'une ressource : offrir au créancier de lui abandonner sa personne, ses biens, sa famille entière, de se soumettre à sa puissance. Voilà la *nexi datio* appliquée à la personne, sans condition, sans restriction, sans pacte de fiducie d'aucune espèce. Cette opération devait être très fréquente, car, qu'on le remarque, l'*addictio* ne donne aucun droit au créancier sur les biens de l'*addictus* (Voy. Aulu-Gelle, XX, 1, et Quintilien, VII, 3) (23). Le créancier peut le tuer, peut le vendre, mais ces cruautés elles-mêmes ne lui confèrent aucun droit sur ses biens. Je ne vois pas pourquoi en effet l'on dirait de l'*addictus*, qui, sa vie durant, n'est pas esclave (24), que : *liber vivit, servus moritur*. Quant à la vente de l'*addictus*, si elle donnait quelque droit sur ses biens, ce serait à l'acquéreur, et non au créancier vendeur. De deux choses l'une, par conséquent : ou bien l'*addictus* a une certaine fortune, ou il n'a rien. Dans le premier cas, il est de l'intérêt du créancier de terrifier l'*addictus* au point de le faire consentir à se donner *in mancipium*, ce qui aura pour résultat que tous ses biens passeront au créancier. Dans le second cas, il n'a qu'un moyen de ne pas tout perdre : c'est de forcer l'*addictus* à se soumettre à sa puissance, pour tirer parti de

---

(23) Un passage de Tite-Live (II, 24) paraît impliquer le contraire. En réalité, il parle non de l'*addictus*, mais du *nexus*.

(24) Il n'est même pas *capite minutus*. En ce sens on peut argumenter du silence de Festus, v° *deminutus*.

son travail. J'ajoute que la *nexi datio* de la personne même du *mancipio dans*, pouvait sans doute être consentie, indépendamment de toute *addictio*, par le débiteur insolvable qui ne pouvait échapper autrement aux poursuites de son créancier (25).

Si la *nexi datio*, telle que nous venons de la décrire dans son application à la personne même du *mancipio dans*, était fort utile, en tant que moyen pour le débiteur d'éviter, avec le consentement du créancier, les rigueurs autorisées contre l'*addictus*, elle présentait cependant un grave inconvénient. Le créancier, désintéressé par les biens ou le travail du *nexus* et de sa famille, n'était pas obligé de l'affranchir. Sans doute que la plupart du temps il lui rendait la liberté, et c'est en tenant compte de cette circonstance de fait, que Varron (*loc. cit.*) dit du *nexus* que : *operas in servitutem dat, dum solveret*. Mais le créancier ne pouvait être obligé de l'affranchir, car le *nexus* ne pouvait avoir aucun droit contre lui. Ce fut pour remédier à ce grave inconvénient, que la loi Petilia Papiria, de l'an 428, défendit de se donner en servitude (Tite-Live, VIII, 28). La réforme eût évidemment été incomplète, et eût tourné contre les débiteurs, si l'on n'eût pas en même temps modifié les conséquences de l'*addictio*, que la loi Petilia ne supprima pas, quoi qu'on en ait dit (sur ce dernier point, voy. notamment Tite-Live, XXIII, 14 ; Cicéron, *pro Flacco*, c. XX ; Quintilien, VII, 3 ; Aulu-Gelle, XX, 1 ; Gaius, III, 199 ; l. 23, pr., D., *ex quibus causis majores*, etc., IV, 6). L'*addictus* en effet eût été vendu ou tué. La loi ne commit pas cette inconséquence. Elle adoucit considérablement l'*addictio*. Le créancier conserva le droit de retenir prisonnier le débiteur *addictus*, même de l'attacher pour l'empêcher de fuir ; mais il ne put plus ni le vendre, ni le tuer, ni même le maltraiter. Voy. Tite-Live, VIII, 28, qui, en présence de cette amélioration énorme du sort des débiteurs, va jusqu'à dire que cette loi fut comme le point de départ de la liberté (*velut aliud*

---

(25) Cette manière de concevoir l'application de la *nexi datio* à la personne, me paraît expliquer d'une manière plausible les textes qui parlent de cette catégorie particulière de gens, qu'ils désignent sous le nom de *nexi* ; voy. notamment : Varron, *de ling. lat.*, VII, 5, qui définit le *nexus : liber qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dat ;* — Tite-Live (VIII, 28) : *... cui quum se C. Publilius ob æs alienum paternum nexum dedisset ;* — Valère Maxime (VI, 1, 9) : *Veturius... cum, propter domesticam ruinam et grave æs alienum C. Plotio nexum se dare admodum adolescentulus coactus esset ; etc.* — C'est à la possibilité pour l'*addictus* de se *nexum dare*, que je rapporte les textes qui disent que l'*addictio* ne produit ses effets que si l'*addictus* n'a pas traité avec son créancier. Voy. Aulu-Gelle, *noct. attic.*, (XX, 1) : *Erat autem jus interea paciscendi*, etc., et ailleurs : *qui depecisci notuerat.*

initium libertatis), et, ce qui est un peu exagéré, qu'à partir de cette loi, les biens seuls du débiteur, et non son corps, constituèrent la garantie du créancier : *pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus obnoxium esse.*

Sans insister davantage sur la suppression de la *nexi datio* de sa propre personne, suppression dont je n'ai parlé ici que pour ne pas scinder mes explications sur la *nexi datio* en général, nous pouvons conclure de ce qui précède que le *nexum*, en tant qu'il consiste dans l'aliénation d'une *res mancipi*, en tant que *nexi datio*, ne fonctionna jamais comme mode de s'obliger.

A côté de la *nexi datio*, il y avait d'ailleurs une autre opération *per aes et libram*, également applée *nexum* (26), et portant plus spécialement le nom de *nexi obligatio*. Nous devons en dire quelques mots.

Qu'il y ait eu une certaine *nexi obligatio*, que l'opération *per aes et libram* ait pu, employée d'une certaine manière, donner naissance à une obligation, c'est ce dont il n'est pas possible de douter. Voyez notamment Festus (*v° nexum*) : *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur*; et Gaius (III, 173) : ..., *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est*, etc. Mais il est plus difficile de se faire une idée de la manière dont l'opération *per aes et libram* pouvait produire ce résultat. Cela n'est cependant pas impossible. Gaius (*loc. cit.*) nous parle de l'obligation née *per aes et libram* pour nous dire qu'elle peut être éteinte par une autre opération *per aes et libram*, qu'il décrit au § 174. Or il met sur la même ligne (§ 175) l'obligation née d'un legs *per damnationem* portant sur une somme d'argent ou sur une quantité déterminée de choses *quæ pondere* ou *numero constant*. De là il me paraît possible de conclure que sans doute l'obligation née *per aes et libram* ne pouvait avoir pour objet que de l'argent ou une certaine quantité de ces choses que les Romains assimilent volontiers à de l'argent, je veux dire les denrées qui ont un prix courant. Il est vraisemblable même qu'à l'origine, la *nexi obligatio* ne pouvait porter que sur de l'argent. En ce sens, on peut alléguer le texte de Festus, que nous venons de citer et dans lequel il n'est parlé que d'*aes*. Si la *nexi obligatio* ne pouvait donner naissance qu'à une obligation de somme d'argent, c'est que sans doute elle consistait en un pesage et en

---

(26) Il y eut des dissidences sur l'étendue à donner au mot *nexum*, comme le prouve ce passage de Varron (*de ling. lat.*, VII, 5) : *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipi. Mucius Scævola, quæ per æs et libram fiant ut obligentur, præterquam quæ mancipio dentur.*

une remise solennelle d'une certaine quantité de métal à une personne que cette remise constituait débitrice d'un poids égal de ce métal. En d'autres termes, c'était un prêt d'argent effectué solennellement.

Il est à remarquer que Gaius (III, 173) rapproche de l'obligation née *per aes et libram*, celle qui résulte d'un *judicatum*, d'une sentence judiciaire. Or nous savons qu'en cas d'inexécution, l'obligation née d'une telle sentence pouvait donner lieu, à l'époque originaire, à une *manus injectio* tendant à une somme d'argent arbitrairement fixée par le *manum injiciens*. Il est vraisemblable que la non restitution du prêt solennel effectué *per aes et libram* autorisait également le créancier à exercer, contre son débiteur, une *manus injectio*, portant, non sur la somme même qui lui avait été prêtée, mais sur une somme quelconque qu'il fixait à son gré. Le rapprochement fait par Gaius de l'obligation née *per aes et libram* et de celle qui dérive d'un legs *per damnationem* portant sur de l'argent, vient à l'appui de cette manière de voir, qui reconnaît au prêteur *per aes et libram* le droit de recourir directement à la *manus injectio*. En effet, l'action née d'un tel legs emporte, à l'époque classique, doublement de la condamnation, dans le cas d'*infitiatio*. Or ce caractère ne s'explique guère, ainsi que nous le verrons, qu'en admettant que cette action était, antérieurement, intentée *per manus injectionem*. Mais, s'il en était ainsi de l'obligation née du legs, il en était probablement de même de l'obligation née *per aes et libram*, que Gaius en rapproche.

Mais, me dira-t-on, si la *manus injectio* se comprend dans le cas d'inexécution de l'obligation constatée par une sentence judiciaire, puisque, en pareil cas, il est certain que celui contre lequel elle est exercée, doit quelque chose au *manum injiciens*, comment aurait-elle pu être admise au profit de celui qui se prétendait créancier en vertu d'un legs d'argent ou d'une *nexi obligatio* ? Dans la *manus injectio*, telle que vous l'avez décrite, le créancier se borne à affirmer son droit, aucun débat n'est consacré à en vérifier l'existence. Le premier venu par conséquent, sans titre, sans droit, pourra exercer contre une personne quelconque une *manus injectio*, qu'il prétendra fondée sur un legs d'argent ou sur une *nexi obligatio*, et à laquelle sa victime ne pourra se soustraire, qu'en payant ce qu'en réalité elle ne doit pas. — Cette objection est sans valeur. Je remarque d'abord qu'elle pourrait s'appliquer à la *manus injectio* exercée contre un *judicatus*, aussi bien qu'à celle que nous prétendons avoir pu être exercée contre le débiteur tenu par *nexi obligatio* ou par legs d'argent. En effet, il se peut qu'une *manus injectio* soit fondée, par celui qui l'exerce, sur un jugement qui n'existe pas, ou sur un jugement qui a été exécuté, et l'*addictio* est

prononcée à son profit sans qu'il ait à justifier de l'existence du jugement, sans que le débiteur soit admis à contester l'existence actuelle du droit du créancier, sous prétexte d'avoir exécuté. Mais l'objection n'aurait pas plus de valeur dans ce cas de *manus injectio* que dans les autres.

Dans tous, en effet, les conséquences de l'*addictio* disparaissent, lorsqu'intervient un *vindex*. Nous avons dit que l'*addictus* n'est pas esclave; il est néanmoins dans une sorte de servitude. Or, lorsqu'une personne se trouve en fait dans la situation d'esclave, sans être esclave, elle ne peut, il est vrai, agir elle-même en justice pour faire valoir sa qualité d'homme libre, mais un tiers quelconque peut exercer, contre celui qui la retient en servitude, une action que l'on désigne sous le nom de *liberalis causa*. A l'époque des *legis actiones*, cette action présentait la plus grande analogie avec l'action en revendication. Intentée par la *legis actio sacramenti*, elle ne différait de l'action en revendication que sur un point essentiel, — c'est que l'*assertor libertatis* affirmait, non point un droit de propriété lui appartenant, mais la qualité d'homme libre du soi-disant esclave : *aio hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium*; — et sur deux points accessoires, savoir : que le montant du *sacramentum* n'était jamais que de 50 as (Gaius, IV, 14); ensuite, ce qui est plus important, que les *vindiciæ* étaient toujours accordées à celui dont la liberté était en question, c'est-à-dire qu'il était provisoirement considéré comme libre et mis en liberté de fait (l. 2, § 24, D., *de origine juris*, I, 2). Les mêmes règles s'appliquaient dans le cas où une personne, contre laquelle l'*addictio* avait été prononcée, prétendait être indûment soumise au pouvoir du *manum injiciens*, sous prétexte que, contrairement aux allégations de ce dernier, il n'y avait pas eu de *judicium*, ou de legs, ou de *nexi obligatio*, ou que l'obligation, qui avait existé à sa charge à quelqu'un de ces titres, avait été exécutée. L'*addictus* ne pouvait pas *lege agere* pour, comme disent les textes, *manum a se depellere* (Gaius, IV, 21), mais une personne quelconque (pourvu cependant qu'elle présentât certaines garanties de solvabilité, au moins dans certains cas, voy. Aulu-Gelle, XVI, 10) pouvait agir pour elle contre le *manum injiciens* (Gaius IV, 21). Cette personne prenait le nom de *vindex*. Dans l'action intentée par ce *vindex*, action que je me figure en tout semblable à la *proclamatio in libertatem*, sauf qu'il s'y agit, non d'un véritable esclavage, mais d'une autre espèce d'asservissement (27), se trouve nécessairement agitée la question de la

---

(27) A l'appui de cette idée que je me fais de la nature de l'intervention du *vindex*, et de l'assimilation du *vindex* à un *assertor libertatis*, et par suite à un revendi-

légitimité de la *manus injectio*, de l'existence du motif allégué par le *manum injiciens* pour justifier la demande d'*addictio*. Bien certainement, si c'est le *vindex* qui triomphe, l'*addictus* qui, nous l'avons vu, se trouve en liberté provisoire depuis le moment où le *vindex* est intervenu, ne retombe pas en la puissance du *manum iniiciens*. Il ne peut donc pas se faire que la *manus injectio* produise ses pleins effets contre une personne qui n'est pas en réalité tenue de l'une des obligations, qui autorisent l'emploi de cette forme de procédure, — et l'on conçoit fort bien que la *manus injectio* ait pu servir de procédure introductive d'instance (28). Elle servit par la suite à introduire un assez grand nombre d'actions. Mais ce fut là l'œuvre de lois relativement récentes, sur lesquelles nous reviendrons. A l'origine, elle ne jouait sans doute ce rôle que pour l'action née de la *nexi obligatio* ou du legs portant sur une somme d'argent. La haute antiquité de la *nexi obligatio* et du legs ne permettent d'ailleurs pas de supposer qu'il ait jamais pu en être autrement.

La *nexi obligatio*, par le fait de la diffusion de la monnaie d'argent, subit sans doute une modification analogue à celle qu'éprouva la *nexi datio*. Je veux dire qu'à un moment donné, la somme prêtée fut comptée en espèces d'argent, accompagnées d'un petit lingot d'airain, pour rappeler l'ancienne formalité du pesage.

J'estime que l'on n'alla pas plus loin, et que jamais la simple déclaration d'une somme d'argent, dans l'opération *per aes et libram*, ne suffit à obliger de restituer pareille somme. Car une telle opération eût

---

quant, j'invoque d'abord Festus, v° *vindex* : *Vindex ab eo quod vindicat, quominus is qui prensus est ab aliquo teneatur*. Un autre argument consiste à faire remarquer que le *vindex lege agit pro alio*. Or il n'était permis de *lege agere pro alio* que dans trois cas : *pro populo, pro libertate* et *pro tutela* (Gaius, IV, 82 ; pr., Inst., IV, 10). La *legis actio* exercée par le *vindex* doit nécessairement rentrer dans l'un de ces trois cas. Ce ne peut être que dans le cas désigné par les mots *pro libertate*, ce qui implique que cette *legis actio* était analogue à celle de l'*assertor libertatis*.

(28) Quels sont les effets de l'échec du *vindex* ? Rappelons-nous que l'*addictus* a été mis en liberté. Sans doute le *vindex* a dû promettre de le faire rentrer au pouvoir du *manum injiciens*, dans le cas où la sentence serait rendue contre lui. Cette sentence rendue, le *manum injiciens* peut se prévaloir de cette promesse, exercer contre le *vindex* une action personnelle, dans laquelle il triomphera le plus souvent, et d'où il résultera que le *vindex* est tenu de remettre l'*addictus* entre les mains du demandeur. Si l'*addictus* retourne volontairement en servitude, le *vindex* sera certainement libéré. Mais s'il s'y refuse, le *vindex*, qui n'a en somme aucun droit sur lui, ne pourra exécuter son obligation. D'où il résultera qu'au bout de 30 jours, son adversaire pourra exercer contre lui la *manus injectio*.

sans doute été largement pratiquée à l'époque classique. Or nous ne constatons rien de pareil.

Mais dès longtemps, sans doute, on put livrer, à côté de l'*aes*, au lieu d'argent, une certaine quantité de ces choses, qui, à raison du grand nombre de transactions dont elles sont l'objet, ont une valeur courante et peuvent à tout instant être converties en argent. Ce n'était là qu'une manière indirecte d'effectuer un prêt d'argent. Aussi pensé-je que la réception d'une certaine quantité d'objets de cette espèce, n'obligeait pas l'*accipiens* à restituer une quantité égale de ces objets, mais la somme d'argent au lieu et place de laquelle ils avaient été remis, somme qui pouvait d'ailleurs très bien n'avoir pas été fixée par les parties.

Telle est la physionomie, telle, l'évolution de la *nexi obligatio*. On voit que, bien loin d'être un mode général de s'obliger, elle a au contraire un domaine très limité : elle ne peut servir qu'à effectuer un prêt d'argent, avec cette seule extension que la remise d'espèces peut être remplacée par la remise d'objets ayant une valeur courante et trouvant toujours acheteur. Elle n'a d'ailleurs rien de synallagmatique, elle n'emporte jamais d'obligation qu'à la charge de l'*accipiens*. Tout ce qu'elle a de commun avec l'acte synallagmatique, c'est que, opération unique, elle produit un double effet : l'aliénation de la chose et l'obligation de restituer une somme d'argent égale à la valeur de cette chose. Encore peut-on se demander si ces deux effets sont inséparables, et si la translation de propriété ne peut pas se réaliser, encore bien que l'obligation ne puisse pas prendre naissance, par exemple, parce que l'*accipiens* est incapable de s'obliger.

Quelque solution que comporte cette dernière question, il est certain qu'à côté de la *nexi datio*, qui n'est point un acte générateur d'obligations, et de la *nexi obligatio*, qui ne peut engendrer d'obligation que dans des circonstances déterminées, il fallait, à l'époque primitive, un ou plusieurs autres modes de s'obliger. Quels étaient ces modes ? Le premier qui s'offre à l'esprit est la stipulation. Le caractère strict de ce contrat, qui s'est maintenu si longtemps, surtout dans les *condictiones certi*, en prouve la haute antiquité. Sans rechercher quelle en fut l'origine et la formation, je crois pouvoir avancer que la stipulation est contemporaine des origines mêmes de Rome.

Mais ce contrat, la stipulation, acte essentiellement unilatéral, a ce caractère remarquable qu'il est absolument général, je veux dire qu'il peut avoir un objet quelconque. En se combinant avec une autre stipulation ou avec une tradition, ou avec la simple remise d'une chose sans translation de propriété, voire même avec une *nexi datio*, il peut servir à réaliser toutes les transactions imaginables. L'obligation née de la sti-

pulation s'appréciera, il est vrai, indépendamment de l'autre stipulation, qui aura été employée, concurremment avec la première, pour réaliser l'opération qui, plus tard, s'appellera vente ou société; — indépendamment de la validité de la tradition, qui aura servi, dans l'intention des parties, de cause à la stipulation, etc. Mais, ainsi que nous l'avons établi plus haut, il en eût été de même de chacune des obligations nées d'un acte synallagmatique, s'il eût existé de tels actes. J'en conclus hardiment qu'il n'y avait réellement pas d'actes synallagmatiques. De tels actes, ayant une existence propre, se réalisant en dehors des formes de la stipulation, et conformément à des règles spéciales à chacun d'eux, étaient absolument inutiles : ils n'eussent produit aucun résultat qu'il ne fût possible d'obtenir au moyen de la stipulation, soit seule, soit combinée avec une autre stipulation, un acte d'aliénation, ou la simple remise d'une chose.

On m'objectera peut-être l'utilité qu'il pouvait y avoir à écarter, dans certains cas, les formes gênantes de la stipulation. Je répondrai, comme je l'ai fait à propos du caractère strict des actions, que l'on ne comprend pas une exception faite de prime abord en faveur de certains actes. Si, dès le début, les Romains avaient considéré comme gênantes les formes de la stipulation, on a tout lieu de croire qu'ils ne se seraient pas donné le ridicule de les établir.

Abstraction faite de la *nexi obligatio*, d'un usage tout spécial, — abstraction faite aussi du *mutuum* qui, à mon avis, n'existait pas encore, et sur les origines duquel j'aurai à m'expliquer, — abstraction faite enfin du contrat *litteris*, d'une création toute récente, — je dirai donc qu'à l'époque primitive, il n'y a pas d'autre contrat que la stipulation.

Que l'on ne s'y trompe pas cependant. Nous ne prétendons pas que les opérations diverses, que la stipulation servait à réaliser, soit seule, soit en se combinant avec d'autres faits, juridiques ou non, n'aient pas pu recevoir, et n'aient pas réellement reçu des noms particuliers servant à les distinguer les unes des autres. C'est ainsi que la remise d'une chose avec stipulation de prestations périodiques et de restitution, put recevoir le nom de louage, — que la tradition ou la promesse d'une chose avec stipulation d'un prix, put être appelée vente, etc. Mais ces dénominations ne désignaient pas des actes juridiques distincts, ayant une existence propre. Ils avaient le sens que nous voyons encore attribué, à une époque beaucoup plus récente, au mot donation. C'est ainsi que j'explique que les XII Tables aient pu parler de dépôt ou de louage (Paul, II, 12, § 11; Gaius, IV, 28), et que je réponds à l'objection que l'on pourrait me faire en m'opposant ces textes ou d'autres. Je remarquerai d'ailleurs que la plupart de ces textes énoncent des règles qui ne

sont que l'application du droit commun, de telle sorte qu'elles n'ont pas même pour effet de donner une signification technique aux dénominations qu'elles emploient. C'est ainsi que l'action au double, accordée par les XII Tables, dans le cas de dépôt, n'est pas autre chose qu'une action *furti* contre le dépositaire qui, rendant impossible la restitution de la chose, commet, par le fait même, une *contrectatio rei alienæ*, c'est-à-dire un *furtum*. Que s'il est d'autres règles, par exemple celle qui autorise la *pignoris capio* dans certains cas de louage ou de vente, qui dérogent au droit commun, ces règles, il est vrai, ont pour effet de donner une signification technique au mot louage, au mot vente, mais il n'est pas nécessaire d'en conclure que la vente ou le louage soient pour cela devenus des actes juridiques existant par eux-mêmes. Il y aurait là une erreur de raisonnement, tout à fait semblable à celle que l'on commettrait, si l'on voulait conclure de la loi Cincia, qui elle aussi eut pour effet de donner au mot donation une signification technique, que cette loi fit de la donation un acte juridique existant par lui-même.

III. — Il y a une distinction entre l'action réelle et l'action personnelle.

Je n'ai, je crois, pas besoin d'insister sur l'existence de cette distinction dès une antiquité très reculée. Elle me paraît aussi vieille que Rome.

Cependant je n'ai rien à objecter contre la priorité logique et peut-être chronologique, que certains auteurs attribuent à l'action réelle sur l'action personnelle, à la propriété sur l'obligation. Je suis en effet persuadé, comme eux, que, si une société ne se comprend pas sans la propriété, elle peut à la rigueur se concevoir sans obligations, — ce qui n'exclut pas les transactions au comptant.

IV. — Il y a une distinction nette et tranchée entre l'action *rei persecutoria* et l'action pénale.

Les actions, à l'époque classique, se divisent en actions *rei persequendæ gratia*, pénales et mixtes (Gaius, IV, 6; § 16. Inst., *de actionibus*, IV, 6). Rien de plus malaisé que de donner de chacune de ces espèces d'actions une définition qui s'applique à toutes les actions de cette espèce. Les meilleurs auteurs, pour l'avoir tenté, ont donné des définitions, séduisantes parfois par leur simplicité, mais inexactes. Eux-mêmes le plus souvent corrigent cette inexactitude par des exceptions, des restrictions, des remarques, souvent peu flatteuses pour les Romains. S'ils arrivent par ce moyen à nous donner un tableau fidèle de la dénomination appliquée par les Romains à chaque action et des effets qu'elle produit, ils enlèvent aux définitions, qu'ils ont eux-mêmes proposées, toute leur portée. Nous savons, après les avoir lus, quelles

actions étaient considérées par les Romains comme pénales, comme réipersécutoires ou mixtes, mais nous ne voyons plus pourquoi. Nous voyons bien, si je puis ainsi parler, les trois cases distinctes, nous voyons quelles actions les Romains ont rangées dans chacune d'elles, nous n'apercevons pas les motifs qui les ont déterminés à faire ce triage de cette façon plutôt que de toute autre.

Qu'on lise, par exemple, dans le savant ouvrage de M. Accarias, les quelques pages relatives à notre division (*Précis de droit romain*, nos 854 à 860) (29). On y trouvera un exposé fidèle de la lettre du droit romain, de la dénomination appliquée par les Romains à chaque action en particulier et des effets y attachés; on y verra que l'action réipersécutoire naît quelquefois d'un contrat, quelquefois aussi d'un délit (*condictio furtiva*, par exemple); — que l'action *furti*, née du même fait que la *condictio furtiva*, tend au double ou au quadruple de ce que celle-ci permet d'obtenir, je veux dire la réparation du dommage; — que l'action de dol, qui tend à ce dernier résultat, tout comme la *condictio furtiva*, ne se donne point, comme elle, contre les héritiers, etc., etc. Tous ces renseignements, relatifs à telle ou telle action en particulier, sont d'une exactitude irréprochable, et je n'aurai garde d'y contredire. Mais il n'y a pas à se dissimuler qu'ils cadrent fort mal avec les définitions, que l'auteur a tout d'abord données, de l'action pénale en général, de l'action réipersécutoire, de l'action mixte. « L'action réipersécutoire, nous dit M. Accarias, est celle où le demandeur ne tend qu'à assurer l'intégrité de son patrimoine; l'action pénale est celle où il tend à appauvrir le défendeur et à s'enrichir d'autant. » Appliquons ces définitions, et nous dirons que l'action de dol est réipersécutoire; que l'ancienne action d'injure, tendant à l'application du talion n'était point pénale; nous dirons aussi qne l'infamie n'est pas une peine, etc. On me dira que l'action de dol est d'une espèce particulière : M. Accarias lui-

---

(29) On aura sans doute remarqué déjà que je me suis fait une loi de ne point citer les auteurs, qui ont pu s'occuper des points que j'étudie. Le motif de ce parti pris est que la nécessité, dans laquelle je me serais presque toujours trouvé, de combattre leur opinion, m'eût entraîné à des discussions d'une longueur fastidieuse, dont le principal résultat eût été, en morcelant à l'infini l'exposé de mes idées personnelles, d'en faire perdre de vue la suite et l'unité. Si je déroge ici à la règle que je me suis faite, c'est qu'il est indispensable que je donne une base aux critiques que je formule.

D'autre part, si je cite M. Accarias, ce n'est pas que je trouve la théorie, dont il s'est fait l'interprète, particulièrement défectueuse. Tout au contraire, c'est parce qu'elle me paraît l'une des plus admissibles, et des mieux construites, parmi toutes celles qui ont été imaginées sur la question qui nous occupe.

même l'appelle pénale *a parte rei*. Je réponds que, ce faisant, il nous donne, il est vrai, une idée nette des effets de l'action de dol, mais enfin cette action de dol, toute pénale *a parte rei* qu'elle soit, est-elle pénale, ou réipersécutoire ou mixte ? Il faut qu'elle soit l'un ou l'autre, car la division, dont nous nous occupons, embrasse, dans ses trois termes, toutes les actions possibles. Dira-t-on qu'elle est pénale ? Il en résulte que l'action pénale n'est donc point celle où le demandeur cherche à s'enrichir. La veut-on réipersécutoire ? il faut dire alors qu'il y a deux espèces d'actions réipersécutoires, dont les unes se donnent contre les héritiers, tandis que les autres ne se transmettent pas ainsi passivement, etc. — Ce mot même, pénale *a parte rei*, me paraît malheureusement défini. Est pénale *a parte rei*, l'action qui tend à assurer au demandeur la réparation du dommage qu'il a subi, encore bien que le défendeur n'ait réalisé aucun profit, ou qu'un profit inférieur à l'importance de ce dommage. Cette définition s'applique parfaitement aux actions réipersécutoires, telles qu'elles ont été définies par M. Accarias : actions tendant à assurer l'intégrité du patrimoine du demandeur, c'est-à-dire, évidemment, tendant à la réparation intégrale du dommage, encore bien que le profit du défendeur soit inférieur. On me dira que je me méprends ; qu'il y a, entre l'action de dol, qui est pénale *a parte rei*, et l'action *venditi*, par exemple, qui est réipersécutoire, cette différence que, dans celle-ci « il y a, ou il doit y avoir dans le patrimoine de mon adversaire, une valeur qui est sortie du mien et que je demande simplement à la recouvrer. » Je réponds que l'action *venditi* tend, il est vrai, à faire obtenir le prix promis, mais qu'elle tend aussi accessoirement à indemniser le vendeur du dommage, que le dol de l'acheteur a pu lui causer, et cela indépendamment du profit réalisé par ce dernier ; que, si elle n'aboutit jamais à enrichir le vendeur, elle appauvrit bien souvent l'acheteur ; que par conséquent, si tels sont les caractères de l'action pénale *a parte rei*, il faut donc la qualifier ainsi.

Je pourrais pousser plus loin ces critiques, et relever encore, dans la théorie exposée par M. Accarias, et je m'empresse d'ajouter généralement adoptée, plus d'une imperfection du même genre. Je ne le ferai pas, convaincu que celles que je viens de signaler, suffisent à justifier ce que j'ai dit plus haut, savoir que les meilleurs auteurs ne parviennent pas à nous donner, du fondement de la classification romaine, une idée nette et précise.

Cette impuissance, si remarquable, si extraordinaire, de tant et de si judicieux esprits, me paraît tenir à l'idée, commune à tous, et formellement exprimée par quelques-uns, que le *criterium* de la division, qui nous occupe, doit être cherché dans les résultats des diverses

actions. On a pu voir, par ce qui précède, combien cette manière de définir est périlleuse, et quelles confusions elle entraîne. Je n'hésite pas à dire que quiconque s'inspirera de la même idée, est condamné au même insuccès. Ce n'est pas sur le terrain des résultats des actions, qu'il faut chercher la base de leur division en pénales, réipersécutoires et mixtes. L'étude de la procédure primitive, que nous avons précédemment faite, nous permettra de découvrir le véritable *criterium* de cette classification.

Dans l'exposé que nous avons fait de l'antique procédure romaine, nous avons dit que toute action, à l'origine, s'intente en la forme du *sacramentum;* nous avons ajouté que la perte, par le défendeur qui succombe, de la somme qu'il a consignée, doit être considérée comme une véritable peine. On pourrait être tenté d'en conclure que toute action, à l'époque primitive, repose sur un délit.

Je veux bien que l'on dise, avec certains auteurs, qu'à toute époque, la résistance à une action fondée présente, ou peut présenter quelque chose de délictuel ; je reconnais qu'à l'époque primitive, cette idée trouve son application littérale dans la procédure du *sacramentum.* Peu soucieux de démêler si la résistance du défendeur est frauduleuse ou non, les Romains la punissent dans tous les cas. Mais il est manifeste que, si nous tenons à nous rendre compte des idées des anciens Romains sur la nature même des actions, nous devons aller plus loin, et nous demander de quels faits dérivent ces droits auxquels on ne peut résister sans délit ; en vertu de quel principe unique ou de quels principes différents, une personne se trouve autorisée à adresser à une autre une réclamation, à laquelle celle-ci ne peut se soustraire sans délit. Ne disons donc point qu'à l'époque primitive, toute action repose sur un délit ; disons, ce qui est bien différent, que l'on ne peut sans délit résister à une action fondée. Cette seconde formule implique que l'action est antérieure au délit, auquel la première voudrait la rattacher, et par conséquent laisse pendante encore la question du fondement même de l'action.

La réponse à cette question, en tant qu'elle se réfère à l'époque primitive, se dégage de la procédure même usitée à cette époque, et des quelques détails que nous possédons sur certaines actions de cette même époque.

Nous avons parlé, sous le numéro précédent, de la distinction déjà adoptée dans la théorie primitive, entre les actions personnelles et les actions réelles. La procédure même usitée dans ces dernières, nous prouve que l'action réelle ne se donne que contre une personne qui possède la chose. On ne connaît pas encore le fameux principe : *dolus pro*

possessione est. Que ce possesseur soit d'ailleurs de bonne ou de mauvaise foi, il est traité d'égale façon. Il doit restituer la chose et les fruits pendants (30), — jamais plus, — quand même le dol ou la faute du possesseur aurait causé au propriétaire un dommage que ne réparera pas la restitution de la chose (par exemple, il a perçu de mauvaise foi les fruits produits par la chose), — jamais moins, — quand même le défendeur ne serait pas enrichi de toute la valeur qu'on lui réclame (par exemple, il a déboursé un prix pour acquérir la chose). Cherche-t-on par conséquent à déterminer le fondement d'une telle action, le principe sur lequel elle repose, il n'est pas possible d'en trouver d'autre que celui-ci : il ne faut pas qu'un patrimoine soit diminué d'une valeur qui en fait partie, ce que l'on peut exprimer ainsi : *cuique suum.* Une valeur se trouve-t-elle en fait comme égarée dans un patrimoine étranger, il y a là une situation contraire au droit, pour la cessation de laquelle une action est donnée au propriétaire pour ressaisir sa chose. Personne, je pense, ne refusera d'appeler cette action *rei persecutoria.*

Rei persecutoria, elle l'est assurément, et dans toute la force du terme. C'est à la chose qu'elle tend. A la chose tout entière, qui, appartenant à un patrimoine, contribue en fait à en enrichir un autre : on ne croit pas devoir en limiter l'étendue à la quantité dont le possesseur est enrichi. Mais rien qu'à cette chose, et non point à la réparation du dommage ou à la punition du dol : que le possesseur rende la chose, c'est tout ce que l'action réelle permet de lui réclamer.

---

(30) Je dis : les fruits pendants. Ceux qui n'existent plus ne sont certainement pas compris dans la revendication, dont les formes mêmes prouvent qu'elle ne s'applique qu'à des choses corporelles existantes. Quant à ceux qui existent encore, mais séparés de la chose, j'estime qu'ils ne pouvaient être revendiqués en même temps que la chose, ni par une revendication dictincte. Nous verrons que c'est, en adoptant cette manière de voir, que l'on explique le plus facilement la règle, admise à l'époque classique, de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Que si l'on me demande comment la revendication n'aurait pu être exercée relativement à des objets, qui appartiennent au propriétaire de la chose, je réponds qu'il n'est pas sûr du tout que le propriétaire d'une chose, soit en toute hypothèse propriétaire des fruits séparés. Tant qu'ils sont pendants, les fruits ne se distinguent pas de la chose, on ne peut donc dire que la propriété en appartient au maitre de la chose : celui-ci est propriétaire de la chose, cela dit tout. Au moment où ils se séparent de la chose, il y a comme naissance d'objets nouveaux, qui n'existaient pas tout à l'heure. Il se peut fort bien que la propriété de ces objets n'ait pu s'acquérir que par une sorte d'occupation. Cela admis (et cette manière de voir peut invoquer en sa faveur certains textes, notamment le § 19, Inst., *de divis. rerum*, II, 2), rien de plus logique que de voir le maitre de la chose, qui n'a pas effectué cette occupation, ne pas pouvoir revendiquer des fruits, dont il n'est pas propriétaire.

Que si nous passons aux actions personnelles, nous ne trouvons plus l'unité de principe, que nous venons de constater en matière réelle. Il y a deux principes différents, nettement distincts, donnant naissance chacun à une catégorie spéciale d'actions, mais ne se mêlant jamais, ne se combinant pas pour produire une troisième espèce d'actions personnelles, participant aux caractères des deux autres.

L'un de ces principes n'est autre que celui qui sert de base aux actions réelles : *cuique suum.*

Voici comment ce principe a donné naissance à tout une catégorie d'actions personnelles, réipersécutoires comme les actions réelles, et formant avec elles une première grande classe d'actions, opposées aux autres actions personnelles, auxquelles nous verrons qu'il faut donner le nom de pénales.

L'obligation conventionnelle, ou mieux l'acte qui lui donne naissance, peut, d'une manière générale, sous le nom d'opération à crédit, être considéré comme l'antithèse de l'opération au comptant. Dans l'opération au comptant, une valeur sort d'un patrimoine pour entrer dans un autre, par la volonté des parties. Ces parties, ayant l'intention d'arriver en définitive à ce résultat, de voir une valeur sortir du patrimoine de l'une pour entrer dans le patrimoine de l'autre, peuvent convenir (c'est là l'opération à crédit) que ce résultat ne se produira pas tout de suite, mais seulement à une époque ultérieure, fixée ou non. Une telle opération ne se conçoit, naturellement, que si la personne, qui consent à remplacer ainsi une certitude par une espérance, a une certaine confiance dans l'autre partie. Cette confiance même l'autorise, dès le moment où l'opération est conclue, à considérer la valeur en question comme devant immanquablement entrer dans son patrimoine au moment de l'échéance du terme. Que si, à ce moment, pour un motif ou pour un autre, elle n'y entre pas, nous voici en présence d'un état de fait qui ressemble infiniment à celui que nous avons signalé tout à l'heure. On peut dire que le principe *cuique suum* est violé. Rien de plus naturel que de voir cette violation donner naissance à une action tendant à la faire cesser. Je suppose pour un moment qu'une telle action existe, je veux dire que, la non-exécution d'une promesse étant envisagée comme une violation du principe *cuique suum*, on accorde une action fondée sur ce principe. Il est clair qu'une telle action, quoique fondée sur le même principe que l'action réelle, va en différer sur un point. En effet la valeur, qui fait l'objet de l'action réelle, appartient réellement au patrimoine de celui qui exerce cette action ; il n'en est pas ainsi de la valeur qui fait l'objet de l'action qui nous occupe. Pour marquer cette différence importante, on conçoit que l'on désigne par

un nom particulier, celui d'action personnelle; cette seconde action issue du principe *cuique suum*, cette seconde action *rei persecutoria*.

A part cette différence, fondée sur la nature des choses, l'action personnelle réipersécutoire, fondée, comme l'action réelle, sur le principe *cuique suum*, devra présenter les mêmes caractères que celle-ci, — je veux dire qu'elle devra tendre à la chose qui, en vertu de la promesse faite, est considérée comme devant entrer réellement dans le patrimoine, auquel les parties l'ont elles-mêmes destinée, — à cette chose tout entière, encore bien qu'il puisse paraître équitable d'en limiter l'étendue à la valeur dont le défendeur est enrichi, — à cette chose seule, quand même le dol du défendeur semblerait devoir l'obliger à le réparer. Ce n'est que dans cet état, que l'action personnelle sera réellement réipersécutoire, et fondée sur le principe *cuique suum*, à l'exclusion de tout autre.

Or l'action personnelle, née de l'accord de deux personnes, se trouve, à l'époque primitive, présenter réellement ces caractères. L'objet du droit, nous l'avons dit et prouvé par l'usage même de la procédure du *sacramentum*, est, dès le début et pour toujours, fixé d'une manière immuable. Le dol, la faute, toutes les circonstances dont l'équité demanderait que l'on tînt compte, pour augmenter l'obligation du défendeur, sont sans aucune influence sur cette obligation. Celle-ci ne se limite d'ailleurs pas à l'enrichissement du défendeur : la perte fortuite même ne le libère pas (31). L'action ne tend, ni principalement, ni accessoirement, à la répression du dol, à la réparation du dommage causé méchamment ou par négligence ; — elle ne tend pas non plus à empêcher qu'une personne puisse s'enrichir au détriment d'une autre ; — elle tend uniquement à l'exécution, mais à l'exécution intégrale de ce qui a été promis.

Il y a là, ce me semble, plus qu'une coïncidence, et la similitude absolue, que nous constatons entre l'action hypothétique, dont nous

---

(31) Le jurisconsulte Celsus (l. 79, § 3, D., *de legatis* 3°, XXXII) admet, à une époque où la perte fortuite libère le débiteur, que, si la cause qui a rendu impossible l'exécution en nature, vient à disparaître, le créancier peut réclamer cette exécution. Cette décision prouve que la perte fortuite ne pouvait être invoquée par le débiteur que *exceptionis ope*. Si cette perte avait réellement éteint l'obligation, celle-ci bien évidemment ne pourrait revivre. L'exception dont pouvait user le débiteur, n'était d'ailleurs sans doute pas autre que l'exception de dol. Mais cette exception n'existait pas à l'époque dont nous parlons en ce moment. Il est donc vrai, comme nous l'avons dit au texte, que même la perte fortuite ne libérait pas le débiteur.

avons déduit les caractères en nous appuyant sur le principe *cuique suum*, et l'action réellement usitée à l'époque primitive, dans le cas d'inexécution d'une promesse, permet, à mon avis, de conclure que cette dernière est en réalité fondée sur le principe *cuique suum*, entendu et appliqué de la manière ci-dessus expliquée.

En face des deux catégories d'actions réipersécutoires, nous trouvons, à l'époque primitive, une autre espèce d'actions, qu'il n'est pas possible de rattacher au principe *cuique suum*. Telle est, par exemple, l'action par laquelle celui auquel un autre a rompu un membre, demande l'application du talion; telle aussi, l'action par laquelle celui qui a été injurié, réclame le payement de 25 as (Gaius, III, 223); telle encore, l'action *arborum furtim cæsarum* (l. 1, pr., l. 11, D., *arb. furt. cæs.*, XLVII, 7), etc. Dans ces cas, et dans une foule d'autres, l'action ne dérive évidemment pas de ce que le défendeur détient une chose, une valeur appartenant ou destinée au patrimoine du demandeur, il ne peut s'agir de *rei persecutio*.

Quel est le principe sur lequel reposent ces actions ? On pourrait croire que c'est le principe d'équité, si largement appliqué aujourd'hui, que chacun est tenu de réparer le dommage causé par sa faute. Il n'en est rien, et l'une des actions que nous venons de citer le prouve péremptoirement. C'est cette action par laquelle on réclame l'application du talion à celui qui a brisé un membre à une autre personne. Bien évidemment, une telle action n'aboutit pas à réparer le dommage. Or, si la rupture d'un membre n'a pas pour conséquence d'obliger à réparer le dommage, si par suite l'action n'est point fondée sur le principe que : causer un dommage, c'est s'obliger à indemniser la personne lésée, il me semble évident que le droit de réclamer 300 ou 150 as de celui qui a brisé un os (Gaius, III, 223), n'est pas non plus fondé sur ce principe. Il serait contradictoire que le principe de la réparation du dommage s'appliquât dans le cas où ce dommage est moindre, et restât lettre morte, alors que le dommage étant plus grave, il devrait surtout s'appliquer.

Mais, s'il en est ainsi pour une des actions qui, indépendamment du principe *cuique suum* évidemment inapplicable, tendent au paiement d'une somme d'argent, pourquoi n'en serait-il pas de même dans toutes les autres ? En d'autres termes, si dans une de ces actions, la réclamation d'une somme d'argent est fondée sur un principe autre que celui de la réparation du dommage, pourquoi ce même principe, encore indéterminé, ne servirait-il pas de fondement à toutes les autres ?

Reste à déterminer ce principe. Il n'est autre que cet aphorisme de toute morale primitive, de toute morale considérant comme légitime le désir de la vengeance : mal pour mal, souffrance pour souffrance.

En lui-même, et abstraction faite de tout autre sentiment, le désir de la vengeance consiste essentiellement dans le désir de voir celui qui nous a causé un mal, qui nous a nui, souffrir à son tour, éprouver lui aussi une souffrance, une perte, une déchéance, quelque chose enfin qui l'affecte péniblement. Qu'il soit ainsi frappé, et nous nous tiendrons pour contents, encore bien que le dommage, qu'il a pu nous causer, ne soit point réparé.

Tel quel, et, si je puis ainsi parler, dans toute sa pureté, je veux dire abstraction faite de tout autre sentiment, ce désir de la vengeance fut reconnu, consacré et sanctionné par la législation romaine primitive. J'ai cité l'action tendant au talion, dans le cas de membre rompu. Il est d'autres exemples du même genre. La perte du *sacramentum* par la partie succombante, ne profite pas à la partie adverse, mais satisfait sa vengeance. La *manus injectio*, ou mieux l'*addictio* qui la suit, sorte de mise d'une personne à la merci d'une autre, envers laquelle elle n'a pas exécuté une sentence judiciaire, n'est pas autre chose que la permission, accordée en vertu de la loi et garantie par l'autorité, de se venger à sa guise, mais sans aucun profit, sur la personne du *judicatus* récalcitrant (32). — Ces exemples suffisent à montrer que la législation romaine primitive appliqua, dans certains cas, le principe de la vengeance, le principe mal pour mal, dans toute sa simplicité, ou, comme j'ai dit plus haut, dans toute sa pureté. Il n'est, je crois, pas interdit de penser qu'à l'origine, il en avait été ainsi dans tous les cas, je veux dire que, dans tous les cas considérés par la loi comme particulièrement capables de faire naître le désir de la vengeance, et assez graves pour le légitimer, cette loi avait permis à la victime de réclamer, contre l'auteur du mal, une rigueur corporelle, une perte pécuniaire, une déchéance plus ou moins grave, en un mot une souffrance, sans aucun profit pour le demandeur. Si, dès une époque reculée, nous voyons, dans certains cas, le demandeur faire son profit d'une somme d'argent payée par le défendeur, il faut voir là une modification du système originaire, qui, si elle se produisit de très bonne heure, n'en doit pas moins être considérée comme étrangère à la théorie romaine absolument primitive. Nous pouvons donc, pour le moment, ne pas en tenir compte, et considérer qu'à l'origine, l'action fondée sur le principe de

---

(32) Je parle ici de la *manus injectio* dans son plus ancien état. J'ai déjà dit qu'à mon sens, le *manum injiciens* pouvait absolument, et tout de suite, traiter l'*addictus* selon son bon plaisir. L'obligation pour lui de fixer une somme, moyennant laquelle l'*addictus* pourra recouvrer la liberté, me parait de création plus récente que la *manus injectio* elle-même.

la vengeance, tend uniquement à infliger une souffrance à celui contre lequel elle est intentée, sans chercher à procurer au demandeur un enrichissement quelconque, ou même la simple réparation du dommage qu'il a subi.

Les conséquences, funestes pour leur auteur, que la loi attache ainsi à certains faits, s'appelant évidemment des peines, j'appelle pénale l'action, dont nous nous occupons, qui en réclame l'application.

On objectera à cette théorie, qui veut fonder l'action pénale sur l'idée de vengeance, que nous voyons les Romains, à l'époque primitive, traiter de la même façon l'auteur de certains faits, qu'il les ait commis volontairement ou non. Or, si le désir de la vengeance se comprend dans le premier cas, il n'est pas possible de parler raisonnablement de vengeance dans le second. Si donc les actions, auxquelles nous faisons allusion, se donnent même contre l'auteur involontaire du fait qui leur donne naissance, c'est qu'elles ne sont véritablement pas fondées sur l'idée de la vengeance.

Cette objection ne peut nous arrêter. Le premier mouvement de celui qui éprouve un mal, est de réagir contre la cause, quelle qu'elle soit, de ce mal, et de lui rendre souffrance pour souffrance, sans rechercher si le mal a été voulu par elle. Cette réaction instinctive est surtout apparente chez l'enfant. L'homme fait lui-même, ainsi qu'on l'a très justement remarqué, ne se défend pas toujours d'un mouvement d'humeur contre la cause, même matérielle et inconsciente, du mal qui lui est infligé. Ce n'est plus cependant, alors que cette cause est évidemment irresponsable, qu'un mouvement aussitôt réprimé. Sitôt la réflexion revenue, la colère tombe : l'on ne voit personne s'attaquer à une pierre ou à un arbre. D'où vient cet apaisement soudain ? La question peut sembler puérile. Je dois néanmoins y répondre : c'est qu'une lueur de réflexion suffit à rappeler que la cause de notre mal n'a pas eu la volonté de nous nuire.

Que si nous passons au mal qui a pour cause un acte humain, en admettant même que l'homme puisse légitimement désirer la vengeance, la saine raison exige que nous ne nous laissions aller à la colère, au désir de la vengeance, que lorsque le mal a été directement ou indirectement voulu par l'auteur de l'acte. D'où vient cependant qu'à l'origine du droit romain, le mal causé par un homme entraîne pour lui les mêmes conséquences, qu'il l'ait cherché, ou qu'il ne l'ait voulu ni directement, ni indirectement ? Est-ce parce que, sous l'influence du mal ressenti, les anciens Romains réagissaient à tort et à travers contre la cause de ce mal, sans s'inquiéter de savoir s'il avait été voulu par elle, ou non ? Évidemment non; car sans cela, ils eussent réagi aussi bien

contre un objet inanimé que contre un homme, ce qu'il serait ridicule de prétendre. C'est non moins évidemment, parce qu'ils supposaient que l'homme, être capable de volonté, avait voulu nuire, avait cherché le mal réalisé, et tenaient, pour excuses dénuées de valeur, toutes les assurances du contraire.

C'est donc bien sur le désir de la vengeance que repose, dans tous les cas, l'action pénale, et ce désir, comme le veut la raison, est excité par l'intention mauvaise de l'auteur du mal. Seulement cette intention n'a pas à être prouvée : elle est présumée, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire.

Telle est la nature de l'action pénale primitive. On voit qu'elle se distingue nettement de l'action réipersécutoire, usitée à la même époque. Tandis que celle-ci repose sur le principe *cuique suum*, la première applique le principe de la vengeance : quiconque cause le mal, doit subir le mal (33).

Le principe fondamental de chacune de nos deux espèces d'actions, nous permet d'expliquer, avec la plus grande facilité, certains caractères qui, à l'époque classique, appartiennent en propre et respectivement à l'action réipersécutoire et à l'action pénale, et qui sans doute leur appartenaient déjà à l'époque primitive.

C'est au principe de la vengeance, fondement de l'action pénale, qu'il faut faire remonter l'origine et la raison de ces deux règles propres à cette action : elle ne passe point contre les héritiers ; — elle se donne *in integrum* contre tous les co-auteurs du délit. De même le principe *cuique suum* assigné comme fondement à l'action réipersécutoire,

---

(33) Les deux principes d'ailleurs, j'ai à peine besoin de le dire, ne sont appliqués ni l'un ni l'autre d'une manière générale. De même que, parmi tous les faits qui excitent le désir de la vengeance, quelques-uns seulement sont pris en considération par la loi, et prennent le nom de délits, de même, parmi les faits qui demanderaient l'application du principe *cuique suum*, quelques-uns seulement sont considérés par la loi comme aptes à donner naissance à une action réipersécutoire. Celui, par exemple, qui s'est fait promettre quelque chose par simple pacte, pourrait croire que, si le promettant n'exécute pas, le principe *cuique suum* l'autorisera à exercer une action réipersécutoire. Mais il n'en est rien. Ce ne sont que certains faits, déterminés par la loi, qui donnent naissance à une action réipersécutoire, absolument comme ce ne sont que certains faits, énumérés par elle, qui donnent lieu à une action pénale. Celui qui, s'étant fait promettre par simple pacte, s'imaginerait que le principe *cuique suum* va lui permettre d'exercer une action, commettrait donc la même erreur que celui qui, victime d'un fait de dol, ne rentrant pas dans la définition de l'un des délits reconnus par la loi, se figurerait avoir le droit d'exercer une action fondée sur le principe de la vengeance.

explique à merveille que cette action se transmette contre les héritiers de celui qui en était primitivement tenu (34).

Nos deux principes expliquent encore fort bien les règles de la transmissibilité active des actions. Aucune difficulté quant aux actions réipersécutoires. Ces actions, tendant à faire rentrer dans un patrimoine donné une certaine valeur, sont en quelque sorte attachées à ce patrimoine. Rien de plus logique, qu'elles puissent être exercées par les héritiers auxquels ce patrimoine vient à échoir. Quant aux actions pénales, une distinction est nécessaire. Certains délits en effet causent un dommage pécuniaire, atteignent le patrimoine. D'autres, par exemple l'injure, n'ont point cet effet. Les héritiers de la victime d'un délit de cette dernière catégorie, ne sont aucunement atteints par ce délit : ils n'ont donc pas à en tirer vengeance. C'est pour cela que l'action d'injure, comme toute action pénale née d'un délit qui ne cause aucun dommage pécuniaire, ne peut être exercée par eux. Au contraire, quand les héritiers recueillent un patrimoine diminué, lésé par un délit commis du vivant de leur auteur, on peut dire qu'ils sont personnellement atteints par ce délit : de là la transmission active des actions, nées de délits qui causent un dommage au patrimoine.

Enfin certaines règles du concours des actions trouvent également dans les deux principes distincts, que nous avons assignés aux actions, une explication aussi naturelle que plausible. C'est ainsi qu'un même fait constituant deux délits différents, rien n'empêche que je me venge et de l'un et de l'autre, rien n'empêche que j'exerce les deux actions pénales qui en dérivent (35). — C'est ainsi encore que le cumul des

---

(34) Je ne parle que de l'action réipersécutoire personnelle, dont la transmission passive résulte de ce fait, que le patrimoine du débiteur se trouve, du vivant de ce débiteur, dans la nécessité de se dépouiller d'une valeur donnée, au profit du patrimoine du créancier, et cela sans qu'il y ait aucun lien entre cette nécessité et la possession d'une chose quelconque. Cela étant, il n'y a aucun motif pour que la mort du débiteur change en rien la situation de son patrimoine. Celui-ci continuera donc d'être dans cette même nécessité, ce qui veut dire que l'action réipersécutoire personnelle se transmet contre les héritiers. — Tout au contraire l'action réelle étant fondée sur la possession, il est clair qu'elle ne passe contre les héritiers, que s'ils possèdent eux-mêmes.

(35) La question du cumul ou du non-cumul des actions pénales, fut l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes romains. Cela n'infirme pas ce que je dis au texte, car je n'y prétends pas que le cumul ait été admis sans contradiction et par tout le monde. Tout ce que j'ai en vue de faire ressortir, c'est que le cumul n'est point en désaccord avec le principe qui sert de base aux actions pénales. — Je dirai ici qu'il me paraît plus en harmonie avec ce principe, que tout autre système. A

actions réipersécutoires et des actions pénales est en harmonie parfaite avec notre manière d'envisager les actions. Dans le cas de dépôt, par exemple, il n'y a aucun motif pour ne pas autoriser le cumul de l'action *ex stipulatu*, qui tend à la restitution, et de l'action *furti*, qui tend à tirer vengeance du dépositaire infidèle. L'une est fondée sur la promesse de restitution ; l'autre, sur la présomption d'injustice que la loi attache au divertissement de la chose déposée, comme à toute *contrectatio rei alienæ invito domino*. — Que faut-il dire du cas où il y a concours de deux actions réipersécutoires ? Par exemple, j'ai livré ma chose à titre de dépôt, c'est-à-dire notamment sans en transférer la propriété, et en m'en faisant promettre la restitution : j'ai à la fois l'action née du contrat (à l'époque primitive, l'action *ex stipulatu*), et la *rei vindicatio*. A l'époque classique, il est admis, entre autres choses, que, non point l'exercice de la *rei vindicatio,* mais les restitutions opérées à la suite de cette action, empêchent l'exercice de l'action *depositi*, en tant du moins que celle-ci n'est pas plus avantageuse. En est-il de même à l'époque primitive ? Je réponds hardiment que non. Quel est le motif en effet qui, à l'époque classique, empêche le succès de l'action *depositi* exercée la seconde ? C'est le principe nouveau admis dans les actions de bonne foi que, eût-on strictement droit à une prestation donnée, on ne peut sans dol se prévaloir de ce droit, qu'en tant que cela est nécessaire pour assurer la réparation du dommage que l'on a subi. De ce principe résulte immédiatement que, la *rei vindicatio* ayant abouti à des restitutions d'une certaine importance, l'action *depositi* ne peut aboutir que dans la mesure où le demandeur n'obtiendra pas, par là, plus que la réparation du dommage subi par lui. Mais ce principe n'existait certainement pas à l'époque dont nous nous occupons. Par conséquent, la circonstance que le propriétaire aura obtenu certaines restitutions à la suite de l'action en revendication, ne l'empêchera pas d'exercer ensuite intégralement l'action *ex stipulatu*, dérivant de la promesse qu'il s'est fait consentir. J'ajoute que le cumul doit manifestement être admis aussi, si c'est la *rei vindicatio* qui est exercée la seconde. Il y a même *a fortiori*, car, ainsi que nous le montrerons plus loin, même à l'époque classique, l'action en revendication

---

mon sens, les théories du non-cumul absolu, et du cumul partiel, ne surgirent que plus tard, à une époque où, les idées de vengeance ayant perdu du terrain, certains jurisconsultes trouvèrent excessif, au point de vue de l'équité, le cumul intégral, ou même tout cumul des diverses actions pénales nées d'un même fait, délictuel à plusieurs points de vue.

n'est pas soumise au principe que le demandeur ne doit obtenir que la réparation du dommage qu'il a subi (36). Tous ces points, dont l'exactitude ne me paraît pas susceptible de controverse, se concilient parfaitement avec l'idée que nous nous sommes faite des actions réipersécutoires : l'action réipersécutoire réelle tend à la chose tant que celle-ci n'est par rentrée dans le patrimoine auquel elle appartient ; l'action réipersécutoire personnelle tend à la prestation promise tant qu'elle n'a pas été exécutée.

J'en ai fini avec l'exposé de la théorie absolument primitive des actions réipersécutoires et pénales. Je ne puis cependant quitter ce sujet, sans indiquer deux changements importants qui furent apportés à cette théorie. On s'étonnera peut-être que je n'en réserve pas l'exposition pour le chapitre suivant, spécialement consacré aux premières modifications de la théorie primitive. Cet étonnement cessera, lorsque j'aurai dit que, de ces deux changements, l'un, d'une importance pratique extrême, dénotant une transformation remarquable des mœurs de l'ancienne Rome, s'accomplit sans qu'il fût touché à la procédure et comme en dehors du droit. Je puis donc sans difficulté en parler dès maintenant. Je le fais d'autant plus volontiers, qu'il ne peut être rapporté à une époque précise, et qu'en conséquence je ne pourrais, dans le chapitre suivant, lui assigner qu'une place arbitrairement choisie. L'autre changement, qui s'est effectué à une époque fort reculée, n'est que la consécration législative d'un usage, qui dut, de tout temps, modifier en fait les effets de la théorie pénale primitive, et dont je n'ai pas encore parlé. Ne pouvant ici passer cet usage sous silence, sans risquer de donner une idée fausse de la portée pratique de la théorie pénale primitive, il est assez naturel que j'en indique de suite la consécration législative.

Le premier des changements annoncés n'est autre que la suppression de la présomption d'intention mauvaise, sur laquelle l'action pénale se trouvait primitivement fondée. En d'autres termes, il n'y a plus de délit, et par suite d'action pénale, que lorsque l'auteur du fait peut en être rendu responsable, à raison de son dol, ou au moins de sa faute.

---

(36) Est-ce à dire qu'en toute hypothèse, le créancier cumulera le bénéfice des deux actions ? Nullement. Il se peut en effet que les prestations fournies à la suite de celle qui a été exercée la première aient eu pour résultat d'éteindre l'autre : celle-ci ne pourra donc pas être exercée, par application des règles ordinaires. C'est ainsi que, si, sur l'action *ex stipulatu*, il y a eu restitution en nature, la revendication ne sera plus possible, parce que le défendeur ne sera plus possesseur. De même, si c'est sur la *rei vindicatio* qu'il y a eu restitution en nature, l'action *ex stipulatu* ne pourra pas aboutir, parce que le débiteur, en rendant la chose, a accompli son obligation.

Changement excessivement remarquable, au point de vue de l'histoire morale du peuple romain, peu important, je ne crains pas de le dire, au point de vue de la théorie juridique. Après comme avant, en effet, c'est l'intention mauvaise qui est punie, qui autorise la vengeance ; seulement, au début on la présumait ; plus tard elle dut être prouvée.

Il ne faut, à mon sens, pas voir dans ce changement une innovation législative. Il s'introduisit sans doute peu à peu, pour tel délit d'abord, puis pour tel autre, et cela le plus simplement du monde : il suffisait à la pratique de donner un sens nouveau aux mots désignant les délits, sans toucher à la loi. Le *furtum*, par exemple, était puni d'une peine déterminée. Mais qu'est-ce que le *furtum*? La pratique ancienne appliquait ce mot à toute *contrectatio rei alienæ invito domino*. Désormais on ne verra plus de *furtum* que dans une *contrectatio fraudulosa* ; — et ainsi des autres délits.

Cette manière de concevoir le changement que nous signalons, explique que nous n'ayons aucun renseignement sur l'époque où il se réalisa, et permet de penser que la tranformation n'eut lieu que peu à peu. Elle devait être accomplie, ou en bonne voie de s'effectuer, dès l'année 408, au cours de laquelle fut votée la loi Aquilia, qui, ne punissant plus que le dol ou la faute, s'inspira évidemment des idées nouvelles.

Je dois, en terminant, sur ce point, faire remarquer que cette modification des éléments du délit n'était évidemment possible, que lorsque le délit était, dans la loi, désigné par un mot spécial (*furtum*, *injuria*, etc.), non défini. Le procédé n'était pas applicable, lorsque le délit était plutôt décrit, que nommé. Nous verrons plus loin une importante application de cette remarque.

J'ai dit que le second changement, apporté à la théorie pénale primitive, ne fut que la consécration par la loi d'une coutume, très-probablement contemporaine des origines mêmes de Rome, qui dut de tout temps modifier en fait les résultats de cette théorie. Cette coutume n'est autre que l'usage de la composition pécuniaire, du rachat de la peine.

L'amour du gain est incontestablement, et quelque nom qu'on lui donne, un des sentiments les plus puissants et les plus intenses. Les Romains semblent en avoir été tout particulièrement possédés. Rien d'étonnant dès lors que l'idée leur soit venue de tirer parti, pour le satisfaire, de la situation dans laquelle se trouve, vis-à-vis de l'auteur d'un délit, celui qui en a été victime. Ce dernier est le maître, l'action intentée, et le *judicium* rendu en sa faveur, d'exiger que le défendeur subisse la peine, ou de ne pas user de ce droit. Dans le cas de résistance du *judicatus*, ayant exercé la *manus injectio*, il peut user ou non

de violence à son égard. Pourquoi ne se ferait-il pas payer, dans l'une ou l'autre de ces circonstances, pour prendre le parti de la douceur, plutôt que celui de la rigueur? Il y trouverait évidemment son avantage. D'autre part, en mettant à un haut prix sa renonciation à la rigueur, il éprouverait, à voir l'auteur du délit faire un sacrifice d'argent considérable, quelque chose de la satisfaction que lui eût procurée l'application de la peine. Désir de vengeance et amour du gain trouvent ainsi également leur compte au rachat de la peine. Aussi ce rachat dut-il être pratiqué à toute époque (37).

Il passa si bien dans les mœurs, qu'à un moment donné, la loi le rendit, dans certains cas, obligatoire pour la victime du délit. C'est ainsi qu'à l'avenir, la victime d'une injure ne pourra plus réclamer que 25 ou 300 as, selon la gravité du fait; la victime d'un vol ordinaire, le double de la valeur de la chose, etc. C'est ainsi encore que celui qui ne se sera pas prêté à l'exécution d'un droit reconnu par une sentence judiciaire, — qui n'aura pas, par exemple, restitué la valeur réclamée, — ou payé la somme due à raison d'un des délits soumis à la nouvelle réglementation, — ou voulu subir la peine corporelle attachée à un délit, non encore soumis à cette réglementation, — ne sera plus, dès le moment de l'*addictio* qu'il aura ainsi encourue, à la merci de son adversaire. Celui-ci devra indiquer une somme dont la fixation est laissée à sa discrétion, moyennant laquelle il consentira à relâcher l'*addictus*. Il devra même laisser à cet *addictus*, pour se la procurer, un délai de soixante jours, pendant lequel il devra s'abstenir de toute violence (38).

Il est impossible d'assigner une date à ces innovations. Tout ce qu'il

---

(37) A quel moment avait lieu le rachat? Je crois que ce ne pouvait être qu'avant l'exercice de l'action, car ce n'est qu'à ce moment que l'auteur du délit pouvait réellement échapper aux conséquences de ce délit. Une fois la sentence rendue, constatant qu'il doit subir telle peine corporelle, il serait trop tard pour songer au rachat. Car son adversaire pourrait, nonobstant le pacte intervenu depuis la sentence, se prévaloir de cette sentence. — Ce qui confirme cette manière de voir, c'est la règle, relatée dans les XII Tables, et qui se maintint à l'époque classique, que le simple pacte éteint l'action *furti* et l'action *injuriarum* (l. 7. § 14. D., *de pactis*, II, 14).

(38) On ne s'étonnera pas de ce qu'ici la fixation de la somme soit abandonnée au créancier, tandis que, dans tout autre cas, cette somme est fixée par la loi. La loi a tenu compte de cette circonstance que, tandis que les autres délits permettaient à la victime d'infliger au coupable une peine corporelle déterminée, le délit, qui consiste à ne pas exécuter une sentence judiciaire, avait pour effet de le mettre absolument à la merci du créancier. — Avant de quitter cette espèce particulière de délit, je dois faire remarquer, que les obligations imposées au *manum injiciens*, eurent pour

est possible de dire, c'est qu'à l'époque des XII Tables, la réforme est presque générale : les peines corporelles ne figurent plus dans cette loi que comme une minorité, et dans des hypothèses peu nombreuses.

Le payement de la somme d'argent ainsi fixée, remplaçant la peine, en prend le nom. Il a d'ailleurs véritablement le caractère de peine, au moins théoriquement : il cause en effet à l'auteur du délit un appauvrissement qui l'affecte, ou du moins est censé l'affecter péniblement.

D'où il résulte que la seule modification, apportée à l'ancienne théorie, par cette nouvelle manière de punir le délit, c'est que la victime profite de la peine. D'ailleurs, il est à remarquer qu'il n'en est pas ainsi pour tout délit. Il en est dont la peine reste ce qu'elle était autrefois, c'est-à-dire qu'elle ne profite pas à celui qui peut en demander l'application. Dans les cas mêmes, où celui-ci profite de la peine, il y a souvent, à côté de la peine dont il profite, une autre peine dont il ne retire aucun bénéfice : par exemple, l'infamie.

Quand je dis que la victime du délit profite de la peine, je compare le nouvel état de choses à l'ancien. Il est manifeste qu'en comparaison de ce qui avait lieu précédemment, de la peine corporelle, dont elle ne profitait aucunement, la peine pécuniaire qu'elle touche, constitue pour le tout un gain pour elle. Absolument parlant, et en comparant la situation de la victime du délit qui a encaissé la peine, à la situation, dans laquelle elle se trouverait, si le délit n'avait pas eu lieu, il est clair que cette peine ne constitue un gain pour elle, qu'en tant qu'elle excède la réparation du dommage qui lui a été causé. On pourrait être tenté de dire que ce n'est que cet excédant qui a véritablement le caractère de peine. Ce n'est pas là le point de vue romain. A quel titre en effet, s'il en était ainsi, la victime toucherait-elle la portion, qui, en fait, représente la réparation du dommage? Si ce n'était pas à titre de peine, ce ne pourrait être qu'à titre réipersécutoire. Mais l'action réipersécutoire elle-même ne tend pas à la réparation du dommage, elle n'est point fondée sur le principe, que causer injustement un dommage, c'est s'engager à le réparer. Ce principe n'est pas connu à l'époque où nous sommes : le dommage injustement causé n'oblige pas à le réparer, il auto-

---

effet de supprimer en réalité les peines corporelles maintenues pour certains délits. C'est ainsi en effet que, si celui qui a rompu un membre à une autre personne, ne pouvait autrefois refuser de se laisser briser un membre à son tour, sans s'exposer à la *manus injectio* et par suite à des traitements plus cruels encore, désormais ce refus entrainera sans doute encore la *manus injectio*, mais l'*addictus* pourra se soustraire à tout mauvais traitement en payant la somme, que le *manum injiciens* aura dû lui-même fixer.

rise la victime à exercer, dans certaines limites fixées par la loi, sa vengeance contre l'auteur du délit.

Mais s'il est faux de dire que l'action pénale tend à la réparation du dommage, pour exprimer que cette action serait fondée sur le principe : quiconque cause un dommage injuste, s'engage à le réparer, on peut fort bien employer cette locution, dans un sens non technique, pour exprimer qu'en fait, elle aboutit à la réparation du dommage. Cette manière de parler est usuelle dans les textes ; elle se rencontre déjà dans la loi des XII Tables (39).

L'importance du dommage causé par le délit a d'ailleurs une influence réelle sur la fixation du montant de la peine. J'ai dit que le désir de la vengeance, en lui-même, s'accommode fort bien d'une peine corporelle ou autre, sans profit aucun pour la victime, et dont l'application n'aura même pas pour effet de réparer le dommage, qui a pu lui être causé. Mais lorsque l'auteur du délit vient proposer à cette personne, ou lorsque la loi vient lui imposer, de remplacer cette peine par le paiement d'une somme d'argent, cette offre n'est raisonnable, comme cette prescription n'est légitime, que si la somme, proposée ou imposée, est au moins aussi élevée que la valeur du dommage causé. Je ne prétends pas que le créancier, dans le cas d'offre de rachat, non obligatoire pour lui, se contentera d'une somme équivalente au dommage ; ni que la loi, consacrant des usages antérieurs, obligera de prime abord le créancier à n'exiger que cette somme. Je crois que, dans l'un et l'autre cas, la somme, exigée par le créancier ou fixée par la loi, sera sensiblement plus élevée. Ce que je veux dire, c'est qu'en aucun cas, elle ne sera inférieure, et que la réparation du dommage est la limite extrême, que l'atténuation du désir de la vengeance ne fera jamais dépasser. L'histoire du droit romain prouve que, dans la répression des nouveaux délits, introduits et punis par la loi ou le préteur, on tendit de plus en plus à se rapprocher de cette limite (loi Aquilia ; action de dol ; nouvelle réglementation du délit d'injure, etc.) : elle ne fut jamais franchie, elle ne pouvait l'être.

Ce caractère des actions pénales tendant à une somme d'argent, de réaliser la réparation du dommage, n'appartient pas au même degré à toutes ces actions. On peut, à ce point de vue, les diviser en deux catégories.

Dans la première catégorie, rentrent les actions pénales résultant de délits, qui causent à la victime un dommage pécuniaire. Telle est, par

---

(39) Voyez Festus, v° *Vindiciæ*.

exemple, l'action *arborum furtim cæsarum*, telle sera plus tard l'action *legis Aquiliæ*. Un tel délit ayant été commis, il se peut que la victime n'ait, pour arriver en fait à obtenir la réparation du dommage, aucune autre action que l'action pénale. Ce sera le cas ordinaire. En pareille hypothèse, l'action pénale ne se trouvera enrichir la victime du délit, qu'en tant que les résultats de cette action dépasseront l'importance du préjudice. Mais il se peut qu'à raison des circonstances particulières de l'espèce, une action réipersécutoire compète à la victime, à côté de l'action pénale, par exemple, dans le cas où la personne qui dégrade ou anéantit la chose, l'avait reçue à titre de dépôt et avait promis de la restituer. En pareil cas, l'action pénale, qui se cumule pour le tout avec l'action réipersécutoire, se trouve procurer au demandeur un véritable gain, dans une bien plus large mesure. Nous verrons comment plus tard le cumul fut interdit.

La seconde catégorie comprend les actions nées de délits, qui causent un dommage non pécuniaire, je veux dire qui n'amoindrissent pas le patrimoine de la victime. Telle est, par exemple, l'action d'injures. En pareil cas, il n'est jamais possible qu'une action réipersécutoire concoure avec l'action pénale.

La division, que nous venons d'exposer, est sans aucune portée à l'époque primitive. Aussi ne l'ai-je présentée qu'en vue des conséquences qu'elle produira plus tard. Nous y trouverons l'origine de la théorie des actions mixtes, et d'une nouvelle signification attachée au mot *pœna* (40).

---

(40) Avant de quitter la division, que je viens de donner des actions pénales, je dois faire une remarque relative au vol, au *furtum*. A l'époque classique, le *furtum* (et sous ce nom, on désigne toute *contrectatio fraudulosa rei alienæ*) ne donne pas seulement naissance à une action pénale, l'action *furti*, mais encore à une action réipersécutoire, la *condictio furtiva*. J'estime qu'il n'en était pas ainsi encore à l'époque dont nous nous occupons. La *condictio furtiva* me paraît être de création récente. J'exposerai plus loin les circonstances dans lesquelles elle prit naissance. — Cela dit, il est clair que, pour moi, l'action *furti* rentre dans la première catégorie des actions pénales, car le *furtum* cause à la victime du délit un dommage pécuniaire. Il en résulte que, si, à côté de l'action *furti*, la victime du vol a contre le voleur quelque action réipersécutoire (la *rei vindicatio*, par ex., ou une action *ex contractu*), elle pourra exercer à la fois cette action et l'action *furti*. Nous aurons à montrer plus loin sous l'influence de quelles circonstances, non-seulement le cumul de cette action réipersécutoire avec l'action *furti* ne fut pas interdit, comme il le fut pour les autres actions pénales de cette catégorie, mais tout au contraire le vol fut considéré comme donnant, par lui-même, naissance à une action réipersécutoire spéciale, ouverte en toute hypothèse concurremment avec l'action pénale.

CHAPITRE II

DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE PRIMITIVE DANS LE SYSTÈME DES LEGIS ACTIONES

Des innovations qui, avant la suppression des *legis actiones*, étendirent et modifièrent la théorie primitive des actions, les unes consistèrent dans des changements apportés par la loi au système des *legis actiones;* les autres résultèrent de l'usage que l'on fit de cette procédure, sans qu'il y fût touché. Nous ne pouvons cependant nous attacher à ce point de vue pour diviser l'exposé et l'explication de ces innovations. Il est en effet telle modification législative qui ne se comprend qu'en raison des progrès déjà réalisés par l'usage.

Nous suivrons autant que possible l'ordre chronologique, tout en faisant remarquer qu'il n'est pas possible d'assigner une date précise aux innovations résultant de l'usage.

Nous répartirons nos explications dans les quatre articles, dont voici l'intitulé :

Article I. — La loi Pinaria et l'*arbitrium litis æstimandæ*.

Article II. — Changements introduits par l'usage dans la procédure de certaines actions, antérieurement à la création de la *condictio*.

Article III. — Création de la *legis actio per condictionem*.

Article IV. — La *clausula doli* et l'origine des actions de bonne foi.

ARTICLE I

LA LOI PINARIA ET L'ARBITRIUM LITIS ÆSTIMANDÆ

Nous avons dit que, faute d'exécution en nature, dans le délai de 30 jours, de l'obligation reconnue à la charge d'une personne par une *sententia* (suivie, le cas échéant, d'un *arbitrium rei præstandæ*), le créancier pouvait, à l'origine, au moyen de la *manus injectio*, obtenir que le débiteur lui fût attribué, avec le droit de le traiter immédiate-

ment à sa guise. Plus tard, consacrant sans doute un usage établi, la loi voulut que le *manum injiciens* fixât, au moment de la demande d'*addictio*, une somme d'argent, moyennant le paiement de laquelle l'*addictus* pourrait recouvrer son indépendance, et laissât à cet *addictus* un délai de soixante jours pour se la procurer.

Cette liberté pour le créancier de fixer arbitrairement le chiffre du rachat du débiteur, était extrêmement dangereuse pour ce dernier. Sans doute qu'il se produisit des abus, qui appelèrent une modification.

Ce changement fut introduit par la loi Pinaria. Il consista en ceci : dorénavant le créancier devra, à défaut d'exécution en nature, dans le délai de trente jours, d'une sentence judiciaire (*sententia*, suivie, s'il y a lieu, d'un *arbitrium rei præstandæ*), avant d'exercer la *manus injectio*, demander la nomination d'un arbitre, chargé d'apprécier en argent la prestation due, et de condamner le défendeur à payer le double de cette valeur. Ce ne sera plus qu'à défaut de paiement de cette somme, dans un nouveau délai de trente jours, que le créancier pourra exercer la *manus injectio* pour cette somme même, je veux dire avec obligation de relâcher l'*addictus*, s'il vient à payer cette somme dans le délai de soixante jours, pendant lequel, comme par le passé, le créancier doit s'abstenir de violence.

Comme détails de procédure, j'ajouterai que l'*arbitrium*, créé et rendu obligatoire par la loi Pinaria, est demandé par une *arbitri postulatio*, semblable à celle par laquelle on réclame l'organisation d'un *arbitrium rei præstandæ*. Mais cette *legis actio* ne peut être accomplie que trente jours au moins après la sentence judiciaire ou arbitrale, de l'inexécution de laquelle se plaint le créancier. Celui-ci d'ailleurs n'a pas besoin d'attendre que ces trente jours soient écoulés, pour citer son adversaire devant le magistrat, à l'effet de procéder à l'*arbitri postulatio*. Il peut lui adresser cette citation, acte extra-judiciaire, à un moment quelconque; seulement si, à ce moment, moins de trente jours se sont écoulés depuis la sentence, l'effet en est suspendu jusqu'à ce que ce délai soit accompli. La citation a-t-elle, par exemple, lieu au bout de dix jours, le défendeur n'aura à se présenter devant le magistrat que vingt jours après, et ainsi des autres cas, de sorte que dans aucun l'arbitre ne soit donné avant trente jours écoulés.

L'*arbitrium*, dont je parle ici, en en attribuant la création à la loi Pinaria, est celui que l'on appelle *arbitrium litis æstimandæ*. L'existence en est généralement admise. Mais on n'admet pas en général, d'une part, qu'il ait été introduit par la loi Pinaria, d'autre part, qu'il emporte condamnation au double de la valeur de la prestation estimée. Nous devons tâcher de mettre hors de doute ces deux points essentiels.

Ensuite, nous passerons en revue les modifications apportées à la théorie primitive des actions, par l'innovation de la loi Pinaria. De là, les trois paragraphes suivants :

§ 1. — Ce fut la loi Pinaria qui introduisit l'arbitrium litis æstimandæ.

La loi Pinaria est mentionnée par Gaius, IV, 15. Voici, dans ce paragraphe, le passage qui nous intéresse:.... *ad judicem accipiundum venirent; postea vero reversis dabatur. Ut autem die* XXX *judex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem leg... iim dabatur judex* (édition de Dubois). Ce texte est d'ailleurs précédé d'une page entière, sur laquelle on n'a pu déchiffrer que quelques mots épars. Quant à la lacune, qui se trouve après le mot *leg*, les uns proposaient de la combler par le mot *statim* ou *confestim*; les autres préféraient *nondum*. La révision de M. Studemund paraît avoir mis hors de doute la leçon : *legem statim*.

Qu'ils lisent *nondum* ou *statim*, les auteurs s'accordent en général à admettre que l'effet de la loi Pinaria fut de reculer de trente jours la nomination du juge, chargé de statuer sur le *sacramentum*. Ils se fondent pour cela sur le texte de Gaius lui-même, à l'appui duquel ils invoquent Servius (*ad Æneid.*, VI, 431), et Asconius, *in Verr.*, I, 9.

Cette opinion me paraît insoutenable : il n'est pas possible que le juge du *sacramentum* n'aît été nommé qu'après deux comparutions *in jure*, séparées l'une de l'autre par un intervalle de trente jours.

On enseigne généralement que les parties, après s'être provoquées au *sacramentum*, quittaient la présence du magistrat, pour revenir, au bout de trente jours, recevoir un juge. Mais supposons que, pendant ce délai, le débiteur accomplisse volontairement ce que l'autre partie lui réclame, quelle sera la décision du juge, nommé plus tard, et chargé de vérifier *utrius sacramentum justum sit?* Il ne pourra, ce me semble, qu'absoudre le débiteur, si son examen doit se référer à l'époque où il a été nommé, car, à ce moment, le débiteur ne devait plus rien. Le demandeur perdra donc son *sacramentum*. Or ce résultat est inadmissible. — Si l'on prétend que l'examen du juge doit se rapporter à l'époque de la première comparution *in jure*, au moment où il y a eu provocation au *sacramentum*, il en résulte que le débiteur, pendant le délai de trente jours, ne peut plus se libérer par une exécution en nature, ce qu'il pouvait faire avant la première comparution *in jure*, ce qu'il pourra faire après la sentence rendue par le juge nommé dans la seconde. Une telle réglementation ne peut évidemment avoir été admise.

Pour échapper à ces objections, ne pourrait-on pas soutenir que les

formalités du *sacramentum* n'avaient sans doute lieu que lors de la seconde comparution *in jure*, la première ayant seulement pour but de prévenir le débiteur de l'intention du créancier de le poursuivre? De cette manière le débiteur pourrait se libérer, en exécutant en nature dans l'intervalle des deux comparutions devant le magistrat, et cette exécution ne ferait subir au créancier aucune perte. — Cette opinion est inconciliable avec le § 16 de Gaius (IV), relatif aux actions réelles. Le magistrat, y lisons-nous, accorde les *vindiciæ* après la double *provocatio sacramenti*. C'est donc que cette provocation a lieu au début de la procédure. Il est impossible de supposer que, pendant trente jours, la situation provisoire de la chose revendiquée va rester sans être réglée.

Comment sortir de là? Il n'y a, ce me semble qu'un seul moyen de concilier ces deux points, savoir: d'une part, la *sacramenti provocatio* a certainement lieu au début de la procédure; — d'autre part, il y a les plus sérieux inconvénients, à remettre à trente jours la décision à intervenir sur la légitimité de ce *sacramentum*. Ce moyen, c'est d'admettre que cette décision intervient tout de suite, que la question est immédiatement portée devant un juge.

Mais s'il en est ainsi, si par conséquent le § 15 de Gaius ne se réfère pas à la nomination du juge chargé de prononcer sur la légitimité du *sacramentum*, mais doit nécessairement s'entendre comme se rapportant à la dation d'un juge chargé de quelque autre fonction, pourquoi n'admettrait-on pas que cette fonction est celle que nous avons indiquée? Valerius Probus mentionne l'existence d'un certain *arbitrium litis æstimandæ*. Quelle en était la fonction? à quel moment, dans quelles circonstances y avait-il ainsi lieu à *æstimatio litis?* Pourquoi ne pas admettre que c'est de l'organisation de cet *arbitrium* que parle notre § 15? Rien de plus naturel, rien non plus qui explique mieux ce délai de trente jours qui doit s'écouler avant la dation du juge dont parle notre texte: ces trente jours seraient ceux pendant lesquels le débiteur *judicatus* pourrait exécuter en nature, et au bout desquels seulement il y aurait lieu, en cas de non-exécution en nature, à l'estimation pécuniaire du litige.

Que l'on relise attentivement le passage du § 15 que nous avons transcrit. On verra, en laissant de côté les derniers mots: *ante eam autem legem statim dabatur judex*, qu'il se prête fort bien à l'explication que nous proposons d'en donner. Les premiers mots: *ad judicem accipiundum venirent*, peuvent être considérés comme la fin d'une phrase, déclarant qu'en cas d'inexécution en nature, le créancier adressait au débiteur une sommation de comparaître avec lui-même devant le magistrat pour y recevoir un juge. L'effet de cette sommation (que je crois

extra-judiciaire, accomplie en dehors de la présence du magistrat, pour des motifs que j'indiquerai plus loin) est de les faire revenir devant le magistrat : *postea reversis*. On peut dire : revenir, car ils ont paru déjà *injure*, au moins une fois, pour l'accomplissement de la *legis actio sacramenti*, peut-être deux fois, s'il a été nécessaire de faire nommer un *arbiter rei præstandæ*. Le magistrat nomme le juge, l'*arbiter litis æstimandæ*, mais à la condition que trente jours se soient écoulés, depuis la sentence qui a mis le défendeur en demeure d'exécuter en nature : *dabatur non ante diem* XXX *judex*. Ce fut là l'œuvre de la loi Pinaria : *idque per legem Pinariam factum est*.

On ne m'objectera pas que Gaius parle de *judex*, et que ce qu'il dit ne peut donc s'appliquer à l'*arbiter litis æstimandæ*. J'ai déjà dit en effet qu'à son époque, il n'y avait plus de différence entre le *judex* et l'*arbiter*, les fonctions de l'un et de l'autre ayant depuis longtemps été confiées simultanément à une même personne. Il se peut donc fort bien que, dans certains cas où Gaius emploie le mot *judex*, il faille lire *arbiter*. Cela paraîtra surtout admissible, si l'on remarque que Valerius Probus nous parle d'un *arbitrium litis æstimandæ* et que Gaius, dans toutes ses explications sur les *legis actiones*, ne parle que de *judex*. A moins de supposer qu'il a passé sous silence tout ce qui a trait à cet *arbitrium*, il faut bien admettre qu'au moins dans l'un des passages où il parle de *judex*, ce mot désigne un *arbiter*. Nous prétendons précisément que ce passage, c'est le § 15 qui nous occupe. — On ne m'opposera pas non plus les deux passages de Servius et d'Asconius, auxquels j'ai fait allusion ci-dessus. Ils ne prouvent rien contre moi, et peuvent fort bien s'expliquer dans mon système (41).

J'arrive à ces mots du § 15, que j'ai précédemment laissés de côté : *ante eam autem legem statim dabatur judex*. En admettant, me dira-t-on, que le *judex*, dont il est ici question, soit un *arbiter*, et que cet *arbiter* soit chargé d'estimer le litige, toujours est-il que la création de cet *arbiter* ne peut être attribué à la loi Pinaria, puisque : *ante eam legem statim dabatur judex*. Tout ce que fit la loi Pinaria, ce fut de reculer la nomination de l'*arbiter litis æstimandæ*, qui antérieurement

---

(41) Je me borne à transcrire ces deux passages. Servius, *ad Aeneid.*, VI, 431 : *Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ. Tempore enim, quo causæ agebantur, conveniebant omnes ; unde et concilium ait ; et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo, post diem trigesimum, suas causas exsequerentur.* — Asconius, *in Verrem*, I, 9 : *Namque, cum in rem aliquam agerent litigatores, et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem, etc.*

avait lieu tout de suite. — Je ne crois pas devoir céder devant cette objection. Je persiste à croire et à dire que l'*arbiter litis æstimandæ* fut créé par la loi Pinaria. Dans l'opinion que je combats, la loi Pinaria se serait bornée à reculer la nomination de l'*arbiter litis æstimandæ*, sans modifier en rien ses attributions, et les effets de sa sentence. Or nous verrons tout à l'heure que l'*arbiter litis æstimandæ* condamne le défendeur à payer, non pas une fois, mais deux fois la valeur de la prestation due. Une telle sévérité se comprend, si l'*arbitrium litis æstimandæ* n'est organisé et la condamnation au double, prononcée, qu'au bout d'un délai plus ou moins long accordé au débiteur pour exécuter en nature. Elle ne se comprend pas, si l'*arbitrium* est organisé immédiatement après la sentence, sans que le *judicatus* ait le temps et la faculté de se libérer par une exécution en nature. Or c'est cependant là ce qui aurait été admis avant la loi Pinaria ; cela n'est pas soutenable. J'en conclus que la loi Pinaria créa l'*arbitrium litis æstimandæ*.

Reste à expliquer les mots : *ante eam autem legem statim dabatur judex*. Cela n'est pas très difficile. L'*arbiter litis æstimandæ* en effet est demandé au magistrat par une *postulatio* semblable à celle qui, jusque-là, servait exclusivement à demander la nomination d'un *arbiter rei præstandæ*. Mieux encore, l'*arbitri postulatio* a, depuis la loi Pinaria, une double fonction. On peut l'exercer à la suite d'une sentence reconnaissant, à la charge d'une personne, une obligation qui ne peut être exécutée en nature que moyennant une détermination plus précise : elle tend alors à la nomination d'un arbitre chargé de déterminer ainsi l'objet de l'obligation. On peut aussi l'exercer dans le cas d'inexécution en nature de l'obligation reconnue par la sentence d'un juge, et, si cela a été nécessaire, déterminée par un arbitre : elle tend alors à la nomination d'un arbitre chargé d'évaluer en argent la prestation inexécutée, et, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant, de condamner le débiteur à payer le double de cette valeur. Dans sa première fonction, l'*arbitri postulatio* peut être exercée immédiatement après la sentence du juge ; dans la seconde, elle ne peut être exercée qu'après un délai de trente jours, Or la première fonction existait antérieurement à la loi Pinaria, mais non la seconde. C'est là ce qu'a voulu dire Gaius : avant la loi Pinaria, quand on demandait un arbitre, c'était immédiatement.

§ 2. — L'arbitrium litis æstimandæ aboutissait à une condamnation au double.

Avant de fournir la preuve de cette assertion, je tiens à faire remarquer que, en admettant comme je l'ai fait, qu'antérieurement à la loi

Pinaria, le *manum injiciens* était le maître de fixer à son gré la somme qu'il entendait obtenir de son débiteur, on ne saurait trouver exorbitant que la loi Pinaria ait décidé que l'*arbitrium litis æstimandæ* aboutirait à une condamnation au double. Tout au contraire, il serait extraordinaire que l'on fût passé sans transition, de la liberté illimitée du créancier dans ses prétentions, à l'obligation pour lui de se contenter du *simplum*. Je m'empresse de dire que je ne considère point cette remarque comme un argument pour prouver que l'*arbitrium litis æstimandæ* dut sans doute aboutir à une condamnation dépassant le *simplum*, car précisément nous n'avons guère admis la liberté illimitée du créancier, antérieurement à la loi Pinaria qu'en considération de l'établissement, par cette loi, d'un *arbitrium* aboutissant au double. Tout ce que nous avons voulu faire ressortir, c'est que, pris en lui-même, notre système n'est point irrationnel.

Passons aux preuves proprement dites de l'assertion, qui fait l'objet du présent paragraphe, savoir que l'*arbitrium litis æstimandæ* aboutissait à une condamnation au double de la valeur de la prestation due et non exécutée en nature.

La première se tire d'un texte de Festus (v° *vindiciæ*), que je donne immédiatement tel qu'il doit être lu, en mettant entre parenthèses ce qui, n'ayant pu être lu, a dû être restitué : *si vindiciam falsam tulit, si velit is, (prætor) arbitros tres dato. Eorum arbitrio (rei) fructus duplione damnum decidito* (42). Les deux lacunes que présente ce texte, l'une avant la syllabe *tor*, l'autre, avant le mot *fructus*, ont été comblées par les auteurs de plusieurs autres façons. C'est ainsi que, au lieu de : *si velit is, prætor*, on a voulu lire *stlitis vindiciarum prætor*, ou bien, *qui vicit, prætor*. Mais l'espace nécessaire pour ces restitutions étendues, fait défaut. Il n'y a de place que pour trois ou quatre lettres. D'ailleus ces lectures ont le défaut de changer arbitrairement les syllabes *si, ve, li, tis*, qui se trouvent au texte : cela est inadmissible. — On a voulu combler la seconde lacune par le mot *neglecti*, mais ici encore l'espace fait défaut. Le mot *reus*, que l'on a proposé, serait plus admissible. Mais *reus*, dans les XII Tables, signifie en général la partie intéressée, notamment celui qui est partie à un procès. Ce mot ne veut point dire : défendeur, comme on le voudrait ici. Le mot *rei* est préférable. Il est corroboré par Gaius (IV, 16 et 94), qui déclare que les *prædes* garantissaient la restitution de la chose et des fruits. — Enfin au lieu de *si velit is*, on a voulu lire : *sive litis*. Mais cela n'est admissible que si l'on intercale avant ces mots, le mot *rei*. Je dois dire

(42) Ce texte est un fragment de la loi des XII Tables.

que, pour ma part, je serais assez disposé à le faire. Mais ce n'est là qu'un point secondaire (43).

Celui qui *vindiciam falsam tulit*, c'est évidemment celui qui, ayant obtenu les *vindiciæ* et promis de restituer en cas d'échec, n'a point restitué. On a voulu traduire ces mots ainsi : celui qui s'est fait attribuer à faux titre la possession intérimaire, c'est-à-dire sans doute, celui qui s'est fait attribuer cette possession sans être propriétaire. Mais ce sens doit être rejeté. Les *vindiciæ* sont accordées par le magistrat à qui il veut, cela est admis par tout le monde. Il n'est pas obligé de les attribuer à celui dont le droit est le plus probable. S'il les attribue à tel des deux plaideurs, et que celui-ci ne soit pas propriétaire, on ne peut dire qu'il ait trompé le magistrat. Les *vindiciæ* qu'il a obtenues, n'ont rien de faux. On ne peut dire de lui que : *falsam vindiciam tulit*. — Pour le même motif, il n'est pas possible de rapporter ces mots : *si vindiciam falsam tulit*, au magistrat. Outre que *vindiciam ferre* veut plutôt dire : obtenir la possession, que : accorder la possession, à supposer même que ce dernier sens puisse être adopté, je me demande en vain quand le magistrat pourrait être considéré comme ayant accordé une *falsa vindicia*. Car encore une fois, en accordant la possession, il ne cherche pas à l'accorder à celui qui est vraiment propriétaire. Si donc il les attribue à celui qui n'est pas propriétaire, on ne peut dire qu'il se soit trompé, les *vindiciæ* n'ont rien de faux. — La vérité, c'est que le magistrat attribue sans doute la possession à celui qui lui paraît présenter le plus de garanties de restitution en cas d'échec. Que le plaideur, constitué possesseur intérimaire, n'exécute pas la promesse, qu'il a faite, de restituer, s'il échoue, que les répondants qu'il a fournis, les *prædes litis et vindiciarum*, n'exécutent pas non plus cette restitution en nature, on peut dire qu'il a faussement obtenu les *vindiciæ*, car précisément elles ne lui ont été attribuées que dans l'espoir qu'il tiendrait sa promesse. C'est là, à mon sens, la seule manière d'expliquer les mots : *si vindiciam falsam tulit*. Ils s'appliquent au possesseur intérimaire, qui, malgré sa promesse, ne restitue pas en nature.

Or quelle est la décision de la loi au sujet de ce possesseur qui ne restitue pas ? Le consul (44) nomme trois arbitres, chargés d'évaluer en

---

(43) Cf., sur la manière do lire ce texte, Moritz Voigt, *Das jus naturale, æquum et bonum, und jus gentium der Rœmer*, tome III, note 1153.

(44) Je traduis par consul, le mot *prætor* du texte de Festus. Les préteurs n'existaient pas encore à l'époque des XII Tables : la préture urbaine, la plus ancienne, ne remonte qu'à l'an 387. Il se peut néanmoins fort bien que le texte de la loi des XII Tables ait en effet contenu le mot *prætor* : les consuls en effet portaient le titre de *prætores* (Voy. Cicéron, *de legibus*, III, 3).

argent la chose et les fruits, et de le condamner à payer le double de cette valeur. Ces arbitres ne sont pas autre chose que des *arbitri litis æstimandæ* : je ne vois pas quel autre nom il serait possible de leur donner. Il est donc établi qu'au moins en matière d'actions réelles, la non exécution en nature est suivie d'une condamnation pécuniaire au double de la valeur de la chose. Cette conclusion doit d'ailleurs être étendue aux actions personnelles, car il est certain que, si le possesseur intérimaire est tenu de restituer la chose, c'est en vertu de la promesse qu'il a faite. Si donc cette promesse est, en cas d'inexécution, sanctionnée par une condamnation pécuniaire au double, il n'y a aucun motif pour ne pas en dire autant de toute autre promesse (45).

La condamnation au double, encourue par le *vindex* qui succombe (46), est un second argument en faveur de l'opinion d'après laquelle la condamnation de l'*arbiter litis æstimandæ* aurait porté sur le double de la valeur du litige. Le *vindex*, nous le savons, est celui qui vient affirmer que tel *addictus* a été à tort attribué à celui qui a exercé, contre lui, la *manus injectio*. Cette prétention donne lieu à une action, intentée en la forme du *sacramentum*, qui n'est qu'une variété de la *liberalis causa*, qui est, du moins, imitée de cette dernière. C'est par application des règles de cette dernière, que l'*addictus* est immédiatement mis en liberté : dans la *liberalis causa*, les *vindiciæ* sont toujours accordées en faveur de la liberté. Il résultait de là, avant la loi Pinaria, que le *vindex* qui succombait, n'ayant aucun moyen d'accomplir la promesse, qu'il avait dû faire, de remettre, en cas d'échec, l'*addictus* en la puissance du *manum injiciens*, se trouvait fatalement exposé lui-même à la *manus injectio*. Depuis la loi Pinaria, il n'en est plus de même. De même que dans tout autre cas d'inexécution, le vainqueur devra, avant d'exercer la *manus injectio*, demander l'organisation d'un *arbitrium litis æstimandæ*, dont la décision portera condamnation à une somme d'argent, moyennant le paiement de laquelle le *vindex* échappera à la *manus injectio*. Que l'on admette que la condamnation de

---

(45) Les mots : *si velit is* du texte de Festus s'expliquent d'ailleurs par cette circonstance que le défendeur peut se refuser à l'organisation de l'*arbitrium litis æstimandæ*, comme en général il peut refuser de prendre part à une *legis actio* quelconque : il n'y a que la *manus injectio*, et la *pignoris capio* qui n'exigent pas son concours effectif. Ce point me paraît certain, indépendamment du texte de Festus ; j'ai donc eu raison de dire que c'est une question secondaire, que celle de savoir s'il portait réellement : *si velit is*, ou s'il ne faut pas plutôt lire : (*rei*) *sive litis*.

(46) Aucun texte ne prouve que le *vindex* ait encouru une condamnation au double. Nous croyons cependant devoir l'admettre, avec la généralité des auteurs,

l'*arbiter litis æstimandæ* portait sur le double de la valeur du litige, et voici expliquée, de la manière la plus simple, la condamnation au double encourue par le *vindex* qui succombe. Il n'y aurait là qu'une application du droit commun.

Enfin, je citerai encore, à l'appui de mon opinion, la phrase célèbre de Cicéron (*de off.*, III, 16) : *Cum ex lege XII Tabularum, satis esset ea præstari, quæ lingua essent nuncupata, quæ qui infitiatus esset, dupli pœnam subiret*, etc. Quel est, dans ce texte, le sens de *infitiari* ? Ce mot veut-il dire nier, selon son acception ordinaire ? Je ne le saurais croire. Ce mot, cela n'est pas sans exemple, se prend aussi dans le sens de refuser. C'est en ce sens qu'il doit être pris ici. Si l'on suppose que la négation de la promesse faite entraînait la peine du double, Cicéron n'eût point relevé cette circonstance : le texte même le prouve. Que veut-il nous dire en effet ? Ce qui doit être fourni, exécuté par celui qui a fait une promesse, non point ce qui doit être avoué par lui. Dès lors pourquoi prendrait-il soin de nous informer des conséquences du non-aveu, de la négation du débiteur ? Au contraire, il est tout naturel que, parlant de ce qui doit être exécuté, il nous parle des suites de la non-exécution, du refus d'exécuter. Aussi me paraît-il évident que *infitiari* veut dire ici refuser d'exécuter. — Cela étant, le texte de Cicéron est la confirmation expresse de notre théorie. Celui qui n'exécute pas une promesse, encourt la peine du double. Ce double doit être déterminé par une personne chargée d'évaluer la chose promise. En d'autres termes, la condamnation, prononcée par l'*arbiter litis æstimandæ*, porte sur le double de la valeur de la prestation non exécutée en nature.

Ces arguments me paraissent suffisants et je n'en produirai point d'autres. Rapprochant la conclusion à laquelle ils nous ont conduits, des points qui ont été démontrés dans le paragraphe précédent, je conclurai, d'une manière générale, que : la loi Pinaria créa un *arbitrium* appelé *arbitrium litis æstimandæ*, — devant être organisé dans le cas de non-exécution en nature, dans le délai de trente jours, de la prestation reconnue, à la charge d'un débiteur *judicatus* ou *confessus*, par la sentence ou par l'aveu, et déterminée, s'il en a été besoin, par un *arbitrium rei præstandæ*, — et destiné à aboutir à une condamnation pécuniaire égale au double de la valeur de cette prestation.

Avant de quitter la loi Pinaria, je dois encore faire trois remarques : l'une, relative à sa date ; — l'autre, à l'étendue de l'application de l'*arbitrium litis æstimandæ* qu'elle créa ; — la troisième, à la réglementation nouvelle, qu'elle organisa très vraisemblablement, des actions pouvant s'intenter directement *per manus injectionem*.

La date de la loi Pinaria ne nous est point connue directement. Nous

n'avons cependant guère à choisir qu'entre l'année 280, où nous trouvons un consul L. Pinarius, et l'année 322, qui nous présente un tribun militaire, muni de pouvoirs consulaires, L. Pinarius Mamercus. Pour nous, nous n'hésiterons pas à faire remonter la loi Pinaria à l'année 280, car la loi des XII Tables reproduit et consacre, ainsi que nous l'avons vu, les dispositions de la loi Pinaria; celle-ci est donc antérieure aux années 301 et 302, pendant lesquelles fut rédigée la loi décemvirale.

Nous avons présenté, dans tout ce qui précède, comme absolument générale l'obligation, créée par la loi Pinaria, de recourir à un *arbiter litis æstimandæ,* avant d'exercer la *manus injectio*, dans le cas d'inexécution en nature de l'obligation reconnue, à la charge d'une personne, par une sentence judiciaire ou un aveu *in jure*. Je dois dire ici qu'à mon avis, il en est réellement ainsi, que notamment cet *arbitrium* doit être organisé, même alors que la sentence ou l'aveu a porté sur une obligation ayant pour objet une somme d'argent certaine. Je sais bien qu'en pareil cas, le rôle de l'*arbiter litis æstimandæ* se bornera à doubler la somme, qui n'aura pas été payée dans le délai de 30 jours depuis la sentence ou l'aveu; il n'aura aucune estimation à faire. On pourrait donc croire qu'il n'est pas nécessaire, en pareil cas, de recourir à lui. Mais je ne vois pas pourquoi le débiteur d'argent serait mieux traité que tout autre; sans doute que le non-paiement de ce qu'il doit, dans les délais qui lui sont accordés pour cela, doit entraîner pour lui, comme pour un débiteur quelconque, une condamnation au double. Or je ne vois pas par qui cette condamnation serait prononcée, si ce n'est pas par l'*arbiter litis æstimandæ*. J'ajoute, et je démontrerai plus loin, que la création de la *condictio legis Siliæ*, relative à la dette d'argent, s'explique fort bien, si l'on admet que, dans le cas d'une telle dette, il y avait antérieurement deux comparutions *in jure* (la première, pour l'accomplissement de la *legis actio sacramenti;* la seconde, pour celui de l'*arbitri postulatio*), et doublement de la condamnation, en cas d'inexécution de la première décision. — Je dois dire que cette manière de voir paraît incompatible avec deux phrases d'Aulu-Gelle (XX, 1), que j'ai déjà citées : *Confessi igitur æris ac debiti judicatis, triginta dies sunt dati*, etc.; — et: *Æris confessi rebusque jure judicatis, triginta dies justi sunto*, etc. En effet, à les prendre à la lettre, il faut dire que, selon la loi des XII Tables, dont Aulu-Gelle prétend donner le sens, et même le texte, par conséquent postérieurement à la loi Pinaria, l'aveu d'une dette d'argent autorise la *manus injectio* au bout de trente jours, sans qu'il y ait lieu de recourir à aucun *arbitrium litis æstimandæ;* — d'où l'on peut conclure qu'il en est de même dans le cas de jugement portant sur une dette d'argent. — A cela je réponds qu'Aulu-Gelle, posté-

rieur à la création de la *legis actio per condictionem*, se réfère sans doute à l'état de droit en vigueur depuis les lois Silia et Calpurnia. Depuis ces lois, il est vrai que l'aveu d'une somme d'argent autorise la *manus injectio*, au bout de trente jours, sans autre procédure. Aulu-Gelle a fort bien pu s'y tromper, et attribuer cet état de droit aux XII Tables, dont il ne restitue le texte que d'une manière conjecturale (*sic enim sunt, opinor, verba legis*, nous dit-il lui-même). Que l'on comprenne bien ce que je veux dire : Aulu-Gelle a l'intention de parler du droit en vigueur à l'époque des XII Tables, et non de l'état de droit postérieur à la création de la *condictio*. Ce qui le prouve, c'est qu'il insiste sur les rigueurs de l'*addictio*, rigueurs supprimées par la loi Petilia Papiria, de l'an 428, antérieure à la loi Silia, qui créa la *condictio* (en 510). Mais il se trompe en voulant faire remonter aux XII Tables une particularité que l'aveu d'une dette d'argent ne présenta que depuis la création de la *condictio*.

Enfin il est probable que la loi Pinaria s'occupa des actions qui s'intentaient directement *per manus injectionem*. Nous avons dit que ces actions n'étaient qu'au nombre de deux, et résultaient de la *nexi obligatio*, et du legs *per damnationem*. Encore fallait-il sans doute au début que ce legs portât sur une somme d'argent déterminée ; quant à la *nexi obligatio*, elle ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent. Plus tard on assimila au legs portant sur une somme certaine, celui qui, portant sur une certaine quantité de ces choses, qui ont un prix courant et peuvent à tout moment être converties en argent, pouvait être considéré comme portant réellement sur la valeur de ces objets, sur une somme d'argent incertaine. De même, on put, dans la *nexi obligatio*, livrer, à côté de l'*aes*, au lieu d'argent, une certaine quantité de ces choses, ce qui avait pour effet de constituer l'*accipiens*, débiteur d'une somme incertaine, égale à la valeur des objets reçus par lui. En cas de non-paiement de la somme certaine ou incertaine, ainsi due en suite d'une *nexi obligatio*, ou d'un legs *per damnationem*, le créancier pouvait recourir à la *manus injectio*, laquelle, au début, mettait immédiatement l'*addictus* à sa merci, sauf intervention d'un *vindex*. Lorsque plus tard la *manus injectio judicati* ne put plus être exercée, que moyennant la fixation, par le *manum injiciens*, d'une somme déterminée, j'estime que la même règle fut appliquée à nos deux cas de *manus injectio* introductive d'instance.

Survient la loi Pinaria, qui, dans le cas de *manus injectio judicati*, supprime la fixation arbitraire du créancier. Il n'était pas possible de la maintenir dans les deux autres *manus injectiones*. J'estime que, d'après la loi Pinaria elle-même, si, dans ces deux cas, la somme due

est certaine, le créancier ne peut exercer la *manus injectio* que pour cette somme même; — si elle ne l'est pas, il doit l'exercer pour une somme qu'il ne précise pas, en disant par exemple: *quod tu mihi ex legato incertam pecuniam dare damnas fuisti, quam dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi incertæ pecuniæ manum injicio.*

Les résultats de la *manus injectio*, exercée à raison d'une somme certaine, sont ceux qu'elle produisait antérieurement. Mais il fallait sortir d'incertitude, alors que la *manus injectio* était exercée pour une somme incertaine. Il est très probable qu'à la suite de cette *manus injectio*, il y avait *addictio*. puis organisation d'un *arbitrium rei præstandæ* entre le débiteur et le créancier, pour fixer l'étendue de la *incerta pecunia*. Que l'on ne m'objecte pas ces mots de Gaius, relatifs à l'*addictus*: *nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere* (IV, 21), et applicables dans le cas de *manus injectio pro judicato*. Dans ce texte, il s'agit de *lege agere* pour *manum sibi depellere*. Or, l'*arbitri postulatio*, que je suppose ici, n'a pas pour but de libérer l'*addictus*; en y prenant part, il ne cherche pas à *manum sibi depellere,* mais seulement à faire déterminer la somme pour laquelle il a été attribué au créancier. — J'ai supposé que l'*addictus* ne conteste pas l'existence de la dette. S'il entend la contester, il faut un *vindex*, selon la règle générale. Si celui-ci succombe, il y aura lieu, comme toujours, à un *arbitrium litis æstimandæ*, qui entraînera condamnation au double. — A l'appui de l'*arbitrium rei præstandæ*, que je suppose ici à la suite de la *manus injectio* exercée pour une somme incertaine, j'allègue la loi 25, § 2, D., *ad leg. Aquil.* (IX. 2); ce texte, parlant de l'action *legis Aquiliæ,* qui sans doute, à l'époque des *legis actiones*, s'intentait *per manus injectionem incertæ pecuniæ*, dit que, dans le cas d'aveu, il y a lieu à une estimation judiciaire de la somme due. Il en était sans doute ainsi déjà alors que l'action *legis Aquiliæ* s'intentait *per manus injectionem*, et en général dans tous les cas où la *manus injectio*, introductive d'instance, portait sur une *incerta pecunia.*

Ces cas, à l'époque de la loi Pinaria, à laquelle je crois très vraisemblable de faire remonter cette réglementation, n'étaient qu'au nombre de deux, ainsi que nous l'avons dit : celui de legs *per damnationem* portant sur des choses faisant fonction d'argent, et celui de *nexi obligatio* avec remise de choses de ce genre; de même qu'il n'y avait, en dehors de la *manus injectio judicati*, que deux cas de *manus injectio* portant sur une somme certaine, ceux de legs et de *nexi obligatio* ayant pour objet *certa pecunia.* J'ajoute immédiatement que l'on fit, dans la suite des temps, de nouvelles applications de la *manus injectio* introductive d'instance. Gaius, IV, 22, nous en cite deux : l'une

dérivant de la loi Publilia (la *manus injectio* peut être exercée par le *sponsor*, qui a payé, contre le débiteur principal), l'autre, de la loi Furia *de sponsu* (la *manus injectio* peut être exercée, contre le créancier, par le *sponsor* auquel il a réclamé et dont il a obtenu plus que sa part virile). A ces cas, il faut sans doute ajouter ceux des actions *legis Aquiliæ*, *depositi miserabilis*, et *de modo agri*, qui, à l'époque postérieure, présentent le caractère commun d'aboutir à une condamnation au double contre le défendeur qui nie le droit du demandeur. Dans tous ces cas, et c'est pour cela que j'en parle ici, il est à croire que les règles, établies par la loi Pinaria, s'appliquèrent littéralement. Dans tous en effet, il s'agit d'une dette d'argent déterminée ou indéterminée : s'il s'agit d'une dette de *pecunia certa*, la *manus injectio* sera exercée pour cette somme même ; s'il s'agit de *pecunia incerta*, le *manum injiciens* ne précisera pas la somme pour laquelle il demande l'*addictio* ; celle-ci prononcée, il y aura lieu à un *arbitrium rei præstandæ* pour la déterminer. Dans l'un et l'autre cas, l'*addictus* ne peut contester l'existence de la dette, que par le moyen d'un *vindex*.

Ces mêmes règles s'appliquent à d'autres cas encore, dans lesquels la *manus iniectio* sert à introduire l'instance, mais avec un tempérament : l'*addictus*, qui entend contester l'existence du droit du *manum injiciens*, peut *lege agere* lui-même, sauf à encourir, s'il succombe, une condamnation au double, comme il en serait du *vindex*, dont il joue lui-même le rôle. Gaius (IV, 23) nous cite deux cas de cette *manus injectio* particulière, qui porte le nom de *manus injectio pura*, celui de *manus injectio pro judicato* étant réservé aux *manus injectiones*, autres que la *manus injectio judicati*, dont l'*addictus* ne pouvait secouer le joug que par l'intermédiaire d'un *vindex*. — J'ajoute qu'une loi Vallia vint plus tard transformer toutes les *manus injectiones pro judicato* en *manus injectiones purœ*, sauf la *manus injectio depensi*, créée par la loi Publilia. La *manus injectio judicati* ne fut pas modifiée non plus par la loi Vallia (Gaius, IV, 25). Nous verrons plus tard ce que devinrent toutes ces actions intentées par *manus injectio pro judicato* ou *pura*, lorsque la *legis actio per manus injectionem* fut supprimée.

§ 3. — Modifications apportées, par l'innovation de la loi Pinaria, à la théorie primitive des actions.

L'innovation capitale de la loi Pinaria, celle qui consista à exiger, pour rendre possible le recours à la *manus injectio*, l'organisation préalable d'un *arbitrium*, destiné à aboutir à une condamnation pécuniaire,

égale au double de la valeur de la prestation due et non exécutée en nature eut pour résultat d'apporter, à la théorie primitive des actions, certaines modifications, que nous exposerons dans les propositions suivantes.

I. — La *manus injectio* ne substitue plus un droit nouveau a un droit antérieur.

Il en était ainsi autrefois (voy. plus haut chapitre I, article II, § 1, nº II, *in fine*), car le *manum injiciens* était obligé d'indiquer, en exerçant la *manus injectio*, une somme d'argent qu'il fixait d'ailleurs arbitrairement, qui par conséquent devait en général être sensiblement plus élevée que la valeur de ce qui lui était dû. Désormais la *manus iniectio* ne peut plus être exercée que pour la somme, qui a été déterminée par l'*arbitrium litis æstimandæ* qui a dû la précéder : on ne peut donc plus la considérer comme remplaçant un droit par un autre.

Ce caractère appartient à la *litis contestatio*, qui termine la *postulatio arbitri litis æstimandæ*. Cette *postulatio* se fonde sur une obligation qui, jusque-là, pouvait et devait être exécutée en nature. Sitôt la *litis contestatio*, qui la termine, intervenue, il ne peut plus y avoir d'exécution en nature de ce droit antérieur, qui n'est plus susceptible de produire aucun effet. Autant dire qu'il est éteint, et remplacé par le droit nouveau de pousuivre la réalisation de l'*arbitrium litis æstimandæ*.

Cette même *litis contestatio* a d'ailleurs, comme toute autre, un certain caractère contractuel, en ce sens qu'il a fallu l'accord des deux parties pour l'accomplissement de la *legis actio*, dont la *litis contestatio* constate et consacre l'entière réalisation.

La *litis contestatio* de la *postulatio arbitri litis æstimandæ* présente donc les mêmes caractères que celle de la *postulatio arbitri rei præstandæ*, que nous avons étudiée précédemment.

II. — C'est dans l'*arbitrium litis æstimandæ* qu'il faut voir l'origine des condamnations pécuniaires.

Jusque-là, il n'y avait eu de véritable condamnation, de *damnatio*, portant sur une somme d'argent, que dans le cas tout particulier, où il s'agissait d'une dette portant sur une somme d'argent indéterminée. En pareil cas en effet, après la sentence ou l'aveu constatant l'existence d'une telle dette, il y avait lieu à l'organisation d'un *arbitrium rei præstandæ*, qui aboutissait à une condamnation portant sur une somme d'argent déterminée. Désormais tout droit, portant sur un objet quelconque, est susceptible d'aboutir à une condamnation pécuniaire (47).

---

(47) C'est à cet état de droit que se réfère Gaius, IV, 48.

Mais cela n'a pas le moindre inconvénient, car une telle condamnation ne sera prononcée qu'à défaut d'exécution en nature, dans les délais qui auront été accordés pour cela.

III. — C'est dans les cas où il y a successivement *arbitrium rei præstandæ* et *arbitrium litis æstimandæ*, qu'il faut voir la première apparition des actions arbitraires.

Plus exactement il y a, dans ces cas, quelque chose qui ressemble beaucoup à ce que sera plus tard l'action arbitraire de l'époque classique. Il n'y a pas identité. L'action arbitraire de l'époque classique est celle dans laquelle le juge, chargé de vérifier l'existence d'un droit, rend, ce droit vérifié, une première décision, déterminant ce que le défendeur devra exécuter en nature pour se libérer, puis, si cette exécution en nature n'a pas lieu dans le délai fixé, une seconde décision condamnant le défendeur au paiement d'une somme d'argent. On voit que le juge de l'action arbitraire cumule les trois fonctions, qui, à l'époque postérieure à la loi Pinaria, sont exercées séparément par le juge du *sacramentum*, qui vérifie l'existence du droit, par l'*arbiter rei præstandæ*, qui détermine ce qu'en conséquence de cette vérification, le défendeur doit exécuter en nature, et par l'*arbiter litis æstimandæ*, qui, dans le cas d'inexécution des prestations fixées par l'*arbiter rei præstandæ*, prononce une condamnation pécuniaire. Nous verrons comment ces trois fonctions, d'abord séparées, finirent par être confiées à une seule personne.

ARTICLE II

CHANGEMENTS INTRODUITS PAR L'USAGE DANS LA PROCÉDURE DE CERTAINES ACTIONS, ANTÉRIEUREMENT A LA CRÉATION DE LA *condictio*.

Nous avons dit précédemment que toute action est susceptible de se plier à la procédure du *sacramentum*, que l'objet du droit soit facile à évaluer en argent ou non. Nous en avons conclu qu'à l'origine, on ne connaissait pas la division des droits en certains et incertains.

Nous verrons plus loin qu'à une époque, que l'on fixe généralement aux années 510 et 520 de Rome, deux lois eurent pour effet d'écarter la procédure du *sacramentum*, relativement aux actions nées de droits certains. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer en quoi consista la procédure qu'elles y substituèrent : nous reviendrons sur ce point. Nous pouvons cependant dire dès à présent que l'on est unanime à penser que cette procédure fut créée à cause des inconvénients que présentait la *legis actio sacramenti*.

Or, d'après ce que nous avons dit plus haut, la procédure du *sacramentum* était, à l'origine, une et identique à elle-même pour toutes les actions, quelles qu'elles fussent. Les mêmes inconvénients, que présentait cette procédure, alors que l'action était née d'un droit certain, existaient aussi pour les actions nées de droits incertains. D'où vient donc que la réforme n'eut lieu que relativement aux actions nées de droits certains, et ne s'étendit pas à toutes les actions ?

On me dira peut-être que la procédure de la *condictio* n'était pas applicable aux actions nées de droits incertains ? — Je ne veux pas examiner ce point. Mais, en admettant qu'il en soit ainsi, je change ma question et je demande pourquoi on ne créa pas une procédure également applicable à toutes les actions ?

Il n'y a, ce me semble, qu'une seule réponse satisfaisante à faire à cette question, c'est d'admettre que, déjà antérieurement à la création de la *condictio*, on avait trouvé le moyen d'atténuer, relativement aux actions nées de droits incertains, les inconvénients du *sacramentum*. De telle sorte que, ces inconvénients ne subsistant plus que pour les actions nées de droits certains, une réforme législative ne fut nécessaire que pour ces actions.

Il est d'autant plus vraisemblable que l'on avait cherché à atténuer les inconvénients du *sacramentum*, dans son application aux actions nées de droits incertains, qu'en cette matière, ces inconvénients étaient plus considérables, qu'en matière d'actions nées de droits certains. En effet, et c'est là un point sur lequel je n'ai pas encore eu à appeler l'attention, la procédure du *sacramentum* exige, *in jure*, une estimation, au moins sommaire, de la valeur du litige, pour la fixation du taux du *sacramentum*. Cette appréciation, très facile dans certains cas, dans ceux où le droit porte sur un corps certain, ou sur une certaine quantité de choses nettement déterminées dans leur espèce et leur qualité (*quid*, *quale*, *quantum*), est bien plus difficile pour tous les autres droits. De là, un sérieux inconvénient de la procédure du *sacramentum*, en tant qu'elle s'applique à ces derniers. Il est vraisemblable que, moins sensible à l'origine à raison du petit nombre des transactions, il dut, avec le temps, se faire sentir de plus en plus. On dut chercher à y échapper.

Le moyen était fort simple. Il suffisait *in jure* de ne plus préciser l'objet du droit. Au lieu, par exemple, de dire : *Aio te mihi domum ædificare oportere*, il suffisait de dire : *Aio te mihi incertum dare facere oportere*.

Je vais, dans un premier paragraphe, exposer la marche de la procédure, telle que je la conçois à la suite de l'affirmation : *Aio te mihi incertum dare facere oportere*, et montrer par là que cette formule

permet d'éviter tous les inconvénients de la *legis actio sacramenti*. Dans un second paragraphe, j'étudierai les modifications apportées à la théorie des actions par cette nouvelle manière de faire.

§ 1. — Marche de la procédure à la suite de l'affirmation du demandeur : Aio te mihi incertum dare facere oportere.

A cette affirmation du demandeur : *Aio te mihi incertum dare facere oportere*, que va répondre le défendeur ?

S'il nie, voici la procédure arrêtée. Il ne peut y avoir de *provocatio sacramenti*, car de quelle somme serait-elle ? On ne sait si l'objet dû vaut plus ou moins de 1000 as. Dès lors, il n'est pas possible de fixer le *sacramentum* à 50 as plutôt qu'à 500, ou à 500 plutôt qu'à 50.

Voilà, à mon hypothèse, une bien sérieuse objection. En aucune façon : le défendeur avouera. — Quoi ? Encore bien qu'il ne doive pas ? Encore bien qu'il entende ne pas payer ce qu'il ne doit pas ? — Il avouera, par ce motif qui me paraît suffisant, qu'il a, à avouer, tout à gagner et rien à perdre.

En effet, qu'il avoue, et il sera comme *judicatus : confessus in jure pro judicato habetur*. Par conséquent, comme un *judicatus*, il doit exécuter en nature dans un délai de trente jours. — Mais exécuter quoi ? *incertum*, une chose non déterminée ; en effet, *in jure*, le demandeur a dit : *Aio te mihi incertum dare facere oportere*.

Notons que, malgré cette indétermination dans laquelle le demandeur a intentionnellement laissé son droit, le défendeur sait peut-être fort bien ce qu'on lui réclame. Il pourrait donc exécuter en nature. Mais l'objet du droit n'a pas été précisé dans les formules solennelles de la *legis actio*, et cela lui permet de ne point exécuter sans aggraver sa situation.

Au bout de trente jours cependant, écoulés sans qu'il y ait eu exécution, le demandeur réclamera du magistrat un *arbitrium litis æstimandæ*, lequel devra lui être accordé.

Quel sera le rôle de l'*arbiter* ? Il est nommé pour apprécier la valeur pécuniaire de la prestation non exécutée, et pour condamner le défendeur au double de cette valeur. Mais cette prestation, il ne la connaît pas : tout ce qu'il sait et peut savoir, c'est que le défendeur a avoué devoir quelque chose, et qu'il n'a rien exécuté. Il faut donc forcément que le demandeur sorte du vague dans lequel il était resté *in jure*, et déclare l'objet qu'il a entendu viser par le mot : *incertum*.

L'*arbiter* devra-t-il, tenant cet objet pour dû et avoué par le défendeur, l'évaluer en argent et condamner le défendeur au double ? Evidemment non, car le défendeur peut dire : j'ai avoué devoir quelque chose, mais ce quelque chose n'est pas ce que mon adversaire vient de dire. Cette protestation doit être écoutée, car, si elle ne l'était pas, il dépendrait du demandeur d'indiquer une prestation quelconque, comme ayant été l'objet réel de sa prétention. — Devant cette protestation, le créancier peut indiquer un autre objet, et il peut se faire que le débiteur reconnaisse que c'est bien là l'objet qu'il a, *in jure*, entendu avouer. — Mais si l'une et l'autre partie persiste dans son dire, que fera l'arbitre ? Il ne sait quelle est la quantité à doubler. Il ne peut s'attacher aux affirmations du créancier, car il se peut que l'objet affirmé ne soit pas l'objet dû. Il ne peut s'attacher aux dires du débiteur, car celui-ci ne précise rien, et se borne à nier. Que lui reste-t-il à faire ? une seule chose : rechercher de quel côté se trouve la vérité, en d'autres termes, rechercher si l'objet prétendu par le créancier était dû.

Voilà donc l'*arbiter*, nommé pour rechercher *quantum debeatur*, amené à rechercher *an debeatur*. Il n'est plus simplement arbitre, il est juge, appelé à trancher la question de l'existence ou de la non-existence du droit. En reconnaît-il l'existence, il condamnera le défendeur au double. Que si au contraire, il découvre que le droit n'existe pas, il devra renvoyer le défendeur, car on ne peut ni évaluer ni doubler ce qui n'est rien. J'avais donc raison de dire que le défendeur avait, à avouer, tout à gagner et rien à perdre. Rien à perdre, car, s'il ne doit pas, il sera, malgré son aveu, renvoyé indemne. Tout à gagner, car, s'il perd son procès, il sera condamné sans doute, mais du moins il ne perdra pas de *sacramentum*, puisque son aveu en a rendu la consignation inutile.

Il y a cependant, entre le défendeur qui succombe sur le *judicium* organisé après une *legis actio sacramenti*, et le défendeur qui, ayant avoué devoir *incertum*, succombe dans l'*arbitrium litis æstimandæ*, tel que je viens de le décrire, une différence qui est tout au désavantage de ce dernier. Il est en effet condamné tout de suite à payer le double de la valeur ; il ne peut se libérer en exécutant en nature.

En réalité, cette différence n'existe pas, et le défendeur qui, ayant avoué devoir *incertum*, perd son procès devant l'*arbiter litis æstimandæ*, est d'abord condamné à exécuter en nature. Ce n'est qu'à défaut d'exécution en nature, qu'il encourt une condamnation au double de la valeur. Voici comment ce résultat se produit.

On se souvient de ce que nous avons dit de l'*arbitrium rei prætandæ*. Il ne doit pas être confondu avec l'*arbitrium litis æstimandæ*. L'un

tend à faire déterminer le montant d'un droit qui, sans cette détermination, ne serait pas exécutable en nature. L'autre tend à faire évaluer en argent une prestation, qui était exécutable en nature, mais qui n'a pas été exécutée, et à aboutir à une condamnation au double. L'un et l'autre sont organisés par le magistrat sur la demande des parties. On sait aussi que l'*arbitrium litis æstimandæ* ne peut être organisé que trente jours après le *judicium*, l'aveu, ou l'*arbitrium rei præstandæ*, s'il y en a eu un, tandis que l'*arbitrium rei præstandæ* peut être organisé immédiatement après le *judicium* ou l'aveu. Tout cela a été dit. Ce que je n'ai pas dit encore, c'est la manière dont l'arbitre nommé apprend quel rôle il doit remplir, et reconnaît s'il doit faire fonction d'*arbiter rei præstandæ*, ou d'*arbiter litis æstimandæ*. Or il est infiniment probable qu'il est informé de ce qu'il a à faire, par le récit de ce qui s'est passé *in jure*, absolument comme le juge du *sacramentum*. Les formules prononcées par les parties dans l'*arbitri postulatio* lui indiquent son rôle, car ces formules indiquent sans doute pour quelle cause elles demandent un arbitre. Ainsi, par exemple, si le demandeur a dit : *quod te mihi hominem Stichum dare oportet, te, prætor, arbitrum postulo uti des*, l'arbitre voit clairement que ce qu'on demande de lui, c'est d'estimer l'esclave et de condamner au double ; il ne peut lui venir à l'esprit de se considérer comme *arbiter rei præstandæ*, car la prestation, dont il s'agit, n'a besoin d'aucune détermination pour être exécutable en nature. Tout au contraire, si la prestation indiquée dans l'*arbitri postulatio*, n'est point exécutable en nature, l'arbitre verra que ce qu'on attend de lui, c'est de déterminer cette prestation, d'agir comme *arbiter rei præstandæ*.

Or, à la suite de l'aveu portant sur *incertum*, la demande d'arbitre ne pourra être conçue qu'en ces termes : *Quod te mihi incertum dare facere oportet, te, prætor, arbitrum postulo uti des*. L'arbitre nommé ne saura pas, par l'inspection de cette formule, quel rôle il doit remplir. Rien ne lui indique dans quelles limites il doit se restreindre. Il est nommé en général, sans destination précise ; il se trouve ainsi autorisé à agir, selon les circontances, comme *arbiter rei præstandæ* ou comme *arbiter litis æstimandæ*.

Cela posé, le débat, qui s'élève devant lui entre le demandeur et le défendeur, lui révèle que le défendeur a entendu avouer autre chose que ce que le demandeur avait en vue. S'il n'a pas exécuté en nature, on ne peut donc lui en faire de reproche. Par conséquent l'arbitre ne peut prononcer tout de suite une condamnation pécuniaire au double. Il ne peut qu'ordonner au débiteur d'exécuter en nature l'obligation, dont l'arbitre a lui-même constaté l'existence, c'est-à-dire rendre un *arbitrium rei*

præstandæ (48). Ce n'est qu'à défaut d'exécution, dans le délai de trente jours, que le créancier pourra obtenir une condamnation au double de la valeur pécuniaire.

On voit que la situation du défendeur est identique à celle du défendeur qui succombe sur le *sacramentum*, sauf qu'il ne perd pas de *sacramentum*. On comprend dès lors qu'il n'hésite pas à avouer.

Pour terminer cet exposé de la procédure, qui suit l'aveu portant sur *incertum*, je n'ai plus que deux remarques à faire.

J'ai supposé qu'à la suite de cet aveu, le demandeur devait attendre trente jours avant de demander un arbitre. Il devrait en être ainsi certainement, si l'arbitre demandé était expressément un arbitre *litis æstimandæ*. Mais on vient de voir que l'arbitre demandé, à la suite de l'aveu portant sur *incertum*, a une nature indéterminée, et fonctionne, selon les circonstances, comme *arbiter litis æstimandæ* et comme *arbiter rei præstandæ*. De là il résulte que cet arbitre peut être demandé tout de suite après l'aveu, sans même quitter la présence du magistrat.

Lorsque l'arbitre prononce *de re præstanda*, et que cette condamnation n'est pas exécutée, il y a lieu de condamner le débiteur au double de la valeur. Par qui est prononcée cette seconde condamnation ? Par un nouvel arbitre, ou par celui qui a prononcé la première *damnatio* ? Je pense que c'est par ce dernier. En effet il a les pouvoirs nécessaires, par ce motif que son rôle n'a pas été précisé, limité par la formule de l'*arbitri postulatio*. On doit donc s'adresser à lui plutôt que de demander un nouvel arbitre ; on évite par là une *arbitri postulatio* nouvelle.

§ 2. — Modifications apportées à la théorie des actions par l'usage de la formule : aio... incertum, etc.

J'ai montré dans le paragraphe précédent, la marche de la procédure de l'action intentée par la formule : *aio te mihi incertum dare facere oportere*. Cela suppose que cette formule, que je désignerai doréna-

---

(48) Il en serait sans doute autrement, si le défendeur reconnaissait le bien fondé des allégations du demandeur. En pareil cas, l'arbitre ne pourrait, si l'objet avoué était déterminé, que prononcer immédiatement une condamnation pécuniaire au double. On voit que l'*arbitrium*, organisé à la suite de l'aveu, portant sur *incertum*, a une nature indéterminée : le rôle de l'arbitre dépend de l'attitude que les parties prendront devant lui, et aussi de l'objet de la dette.

vant, pour simplifier le langage, sous le nom de formule incertaine, fut réellement employée. Je ne l'ai pas démontré encore ; j'ajoute que je ne saurais le démontrer directement. Je demande que l'on veuille bien admettre comme certain qu'il en fut fait usage. Sous le bénéfice de cette concession, je vais, dans le présent paragraphe, exposer les conséquences de cet usage, et les modifications qu'il imprima à la théorie des actions. Ces conséquences de l'hypothèse de l'usage de la formule incertaine, nous permettront d'expliquer, d'une manière si naturelle et si plausible, les origines de principes et d'institutions, reconnus et pratiqués dans la suite, que cette hypothèse en sera du coup suffisamment vérifiée.

Je présenterai les modifications dont je parle, sous les numéros suivants :

I. — Distinction entre les actions nées de droits certains et les actions nées de droits incertains.

J'ai présenté l'usage de la formule incertaine, comme limité aux actions dans lesquelles l'évaluation de la valeur de l'objet dû présente une certaine difficulté. Mais, s'il est vrai qu'en cette matière, précisément à cause de cette difficulté, les inconvénients du *sacramentum* sont plus grands que lorsque l'objet est très facile à évaluer, il paraît que cette procédure en présentait cependant aussi, dans son application à ces dernières actions : la création ultérieure de la *condictio* le prouve suffisamment. Cela posé, on me demandera peut-être pourquoi l'usage de la formule incertaine ne s'étendit pas à ces actions ; elles étaient cependant bien évidemment susceptibles de s'y prêter.

A cela je réponds que, dans les actions dont l'objet est facilement appréciable en argent, ce fut sans doute le magistrat qui s'opposa à l'usage de la formule incertaine. En effet, cet usage faisait perdre au Trésor le montant du *sacramentum*. S'il ne s'y opposa pas, là où l'évaluation était difficile, c'est qu'il s'évitait par là la tâche, souvent délicate, de faire cette évaluation.

De là résulte la division des actions, en actions nées de droits facilement évaluables et en actions nées de droits difficilement évaluables. Les premiers droits sont appelés certains ; les autres, incertains. On peut donc dire que désormais les actions se divisent en actions nées de droits certains et en actions nées de droits incertains.

Cette division, d'ailleurs, ne s'applique qu'aux actions personnelles, nées d'actes licites. Elle ne s'applique pas aux actions réelles, ni aux actions personnelles dérivant de délits. Ces deux catégories d'actions restent soumises au *sacramentum* dans sa pureté primitive ; l'usage de la formule incertaine n'y fut pas admis.

Cela tient, pour les actions réelles, à la nécessité de la présence de l'objet revendiqué (49). — Quant aux actions nées de délits, on ne voit pas, au premier abord, pourquoi on ne s'y servit pas de la formule incertaine. Au lieu, par exemple, de dire : *Aio ope consilioque tuo mihi furtum factum esse paterœ aureœ, quam ob rem te pro fure damnum decidere oportere* (Cf. Gaius, IV, 37), pourquoi le demandeur ne dirait-il pas : *Aio.... furtum factum esse rei incertæ, et rel.?* Certainement cela eût été possible, mais il faut remarquer que l'aveu portant sur le vol d'une chose incertaine, eût entraîné l'infamie. Le défendeur ne pouvait donc répondre sans inconvénient par un aveu à la formule incertaine ; celle-ci n'avait donc aucune raison d'être employée. De même, on aurait eu, en avouant une injure même indéterminée, à payer la somme de 25 as. D'ailleurs, d'une manière générale, on ne devait pas facilement avouer avoir commis un délit, même indéterminé, quoique au fond avouer un délit indéterminé, ne soit en réalité rien avouer du tout.

Ainsi limitée aux actions personnelles nées d'actes licites, la division des actions en actions nées de droits certains ou de droits incertains, se maintint dans la suite. Nous la trouvons nettement accusée dans la distinction des *condictiones* en *condictiones certi* et *incerti*. Les premières sanctionnent les droits facilement évaluables en argent, certains ; les secondes, ceux pour lesquels cette évaluation est plus difficile. — Il y a des différences notables entre ces deux classes de *condictiones*. Je n'ai pas à en donner le détail. Je fais seulement remarquer que, dans les formules employées dans ces deux classes d'actions, éclate une différence, qui me paraît être une confirmation précieuse de la procédure particulière que j'ai attribuée, à l'époque des *legis actiones*, aux actions nées de droits incertains. En effet, tandis que, dans la *condictio*

---

(49) Je veux dire, quant aux actions réelles, que, lors de la première comparution *in jure*, il fallait que le demandeur dit : *aio hanc rem (hominem, fundum, etc.) meam esse*. Mais sans doute que, ainsi que nous l'avons dit, le *judicium* rendu sur le *sacramentum*, et la question de propriété ainsi tranchée, il y avait lieu pour la partie gagnante, de revenir *in jure*, pour se prévaloir de la promesse de restitution, et dire : *aio te mihi hanc rem (hominem, fundum, etc.) restituere oportere*. Or cette affirmation pouvait se produire en la forme incertaine, car, qu'on le remarque, la promesse du possesseur intérimaire n'est point une promesse de *dare* ; c'est une promesse de faire, elle rentre par conséquent dans les promesses à objet incertain. Sans doute qu'en fait, il fut fait usage de la formule incertaine, car il n'y a aucun motif de croire que l'action née de cette promesse ne fut pas traitée comme une autre promesse quelconque portant sur un objet incertain. Nous verrons plus loin la physionomie particulière que cet usage imprima à l'action réelle.

certi, la formule énonce l'objet réclamé, et charge le juge de vérifier si cet objet est réellement dû : *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere*, etc. ; — la formule de la *condictio incerti* débute par une *demonstratio*, qui présente deux particularités remarquables. D'une part, elle n'énonce pas l'objet dû, par exemple : *quod Aulus Agerius de N° N° incertum stipulatus est* (Gaius, IV, 136 et 137). D'autre part, elle présente le fait générateur du droit, ici la stipulation,comme dès à présent reconnu et avéré. Quoique le juge ait bien certainement à rechercher si le droit existe, s'il y a eu une stipulation, la formule ne l'en charge pas expressément. Ces deux particularités, dont la seconde surtout est singulière, s'expliquent on ne peut plus simplement, si l'on admet que ce sont des restes et des vestiges de la procédure usitée, à l'époque des *legis actiones*, en matière d'actions nées de droits incertains, et que la formule de la *condictio incerti* du droit classique n'est pas autre chose que la copie de la formule autrefois employée pour demander l'organisation d'un *arbitrium*, à la suite de l'aveu d'un *incertum : quod te mihi incertum dare facere oportet*, — ou bien, ce qui revient au même : *quod ego de te incertum stipulatus sum*, — *te*, *prætor*, *arbitrum postulo uti des* (50).

II. — Origines de la division des actions en *certæ* et *incertæ*.

Je viens de parler de la distinction, qui, à l'époque classique, subsiste entre les actions nées de droits certains et de droits incertains. J'ai dit que, parmi les premières, se trouvent les *condictiones certi* ou *certæ*, parmi les secondes, les *condictiones incerti* ou *incertæ*. Si l'on se rappelle ce que j'ai dit plus haut de la division des droits en certains et incertains, et de la division des actions en certaines et incertaines, et de ce fait qu'il n'y a pas de corrélation nécessaire entre les deux divisions, on évitera de croire que les *condictiones certæ* du droit classique portent ce nom, parce qu'elles dérivent de droits certains. Elles sont appelées *certæ*, parce que la formule en précise les points que le juge devra vérifier. Il est vrai qu'elles dérivent aussi de droits certains, mais

---

(50) L'emploi d'une formule de ce genre, à l'époque des *legis actiones*, est d'ailleurs rendu certain par Gaius, IV, 59 : *quod ego de te hominem Erotem emi*, formule qui se rapporte sans aucun doute à l'époque des *legis actiones*. — Il est vrai que, dans cette formule, l'objet du droit se trouve indiqué, mais c'est là une particularité sur laquelle je reviendrai plus tard, ainsi que sur la vente (*emi*) qu'elle signale. Ce que je veux en retenir pour le moment, c'est qu'à l'époque des *legis actiones*, il y avait des formules présentant le fait de l'existence du droit comme certain et constaté, alors que ce fait (le texte de Gaius le prouve) devait encore faire l'objet de l'examen d'un juge ou d'un arbitre.

ce second caractère n'est pas la cause nécessaire du premier. Ce qui prouve péremptoirement l'indépendance des deux circonstances, c'est que les actions *in factum* sont *certæ*, quoique nées de droits incertains. Nous avons conclu de cette indépendance qu'à l'époque primitive, toutes les actions étaient certaines, quoiqu'elles pussent dériver de droits incertains (ceux-ci, il est vrai, ne portaient pas ce nom, car il n'y avait aucun motif de les opposer aux droits certains ; mais, si le nom n'existait pas, il est bien clair que la chose n'en existait pas moins).

L'usage de la formule : *aio te mihi incertum dare facere oportere*, eut pour effet de faire naître la division des actions en certaines et incertaines. Si en effet l'impossibilité de fixer le taux du *sacramentum*, à la suite d'une affirmation aussi vague, n'eût pas rendu impossible la nomination d'un juge, le juge, qui eût dû être nommé à la suite de la négation du défendeur, n'eût trouvé, dans cette formule, qu'une indication bien peu précise de ce qu'il devait rechercher. Sans doute, il y eût vu qu'il n'avait pas à trancher une question de propriétée ; — sans doute encore il est probable que la formule incertaine comportait en réalité une précision plus grande, que celle que nous lui avons attribuée ; il est probable qu'elle contenait l'indication, non de l'objet dû, mais de la cause du droit, et se trouvait rédigée à peu près ainsi : *aio te mihi incertum ex stipulatu* (par ex.) *dare facere oportere*, — de telle sorte qu'un juge y eût vu que ce qu'il avait à vérifier, c'était l'existence d'une stipulation. Mais ce degré de précision n'en serait pas moins resté bien inférieur à celui que le demandeur aurait pu introduire dans la formule, s'il n'avait eu intérêt à rester dans le vague.

Il n'est point d'ailleurs nommé de juge à la suite de cette formule. Le défendeur avoue devoir *incertum*, et, à la suite de cet aveu, le demandeur réclame du magistrat l'organisation d'un *arbitrium : quod te mihi incertum ex stipulatu dare facere oportet*, ou bien : *quod ego de te incertum stipulatus sum, te, prætor, arbitrum postulo uti des*, formule dans laquelle se retrouve le même défaut de précision, que dans celle par laquelle débute la procédure *in jure*. Rien d'étonnant dès lors que l'action, dans laquelle elles sont employées, prenne elle-même le nom d'incertaine, toute autre prenant désormais celui de certaine.

III. — Naissance des actions arbitraires.

On a vu plus haut que la loi Pinaria, en créant l'*arbitrium litis æstimandæ*, eut cette conséquence, relativement aux actions à objet non liquide, non déterminé, de leur donner une certaine ressemblance avec les actions arbitraires du droit classique. Dans ces actions en effet, après la *sententia* du juge nommé pour prononcer sur le *sacramentum*, il y a lieu de procéder à un *arbitrium rei præstandæ*, pour liquider le

droit. Ce n'est qu'à défaut d'exécution volontaire de cette *damnatio*, que l'*arbiter litis æstimandæ* prononce une condamnation pécuniaire. Ces actions nous présentent donc, accomplies par trois personnes différentes, les trois fonctions remplies plus tard par le juge de l'action arbitraire : *pronuntiatio*, — *jussus*, — condamnation pécuniaire.

Ces trois fonctions, l'arbitre nommé à la suite de l'aveu portant sur *incertum*, les remplit à lui seul. Il est à la fois juge et arbitre ; arbitre *rei præstandæ*, et arbitre *litis æstimandæ*. L'action, née d'un droit incertain, et intentée par la formule incertaine, est donc véritablement arbitraire. Il ne s'agit plus de ressemblances, d'analogies plus ou moins lointaines. Nous sommes en présence de l'action arbitraire dans toute sa perfection, et pouvons en toute sécurité conclure que ce fut l'usage de la formule : *Aio.... incertum*, etc., qui donna naissance à l'action arbitraire.

Je n'insisterais pas davantage sur ce point, si je ne prévoyais une objection grave. Il ressort de toutes les explications, dans lesquelles je suis précédemment entré, et particulièrement des nos I et II du présent paragraphe, que l'action intentée dans la forme dont nous nous occupons, est la même qui fut plus tard appelée *condictio incerti*. Or on me dira que la *condictio incerti* du droit classique n'est pas arbitraire, que dès lors il est bien invraisemblable que, dans l'une des phases de son développement, cette action ait présenté ce caractère.

A cela, je répondrai purement et simplement qu'il n'est pas prouvé le moins du monde que la *condictio incerti* n'ait pas été arbitraire. Je sais que l'on m'opposera le caractère strict de cette *condictio*, et les analogies de procédure qu'elle doit présenter avec la *condictio certi*, qui n'est certainement pas arbitraire.

Mais, d'une part, le caractère strict de la *condictio incerti* est si peu apparent, si peu prouvé, que des auteurs recommandables ont voulu en faire une action de bonne foi. Je crois cette théorie exagérée ; je crois que la *condictio incerti*, semblable en bien des points aux actions de bonne foi, s'en différencie par un trait particulier, sur lequel j'aurai l'occasion de revenir. Il n'en est pas moins vrai que l'on est mal venu à m'opposer, comme une vérité incontestable, ce qui peut faire et fait en réalité l'objet d'un grave dissentiment.

L'analogie de la *condictio incerti* avec la *condictio certi* n'est pas un meilleur argument. Cette analogie est bien faible ; elle se résume en ceci que l'une et l'autre actions dérivent en général des mêmes faits juridiques, qui donnent naissance à l'une ou à l'autre, selon leur objet. A part cela, elles ne se ressemblent guère, et, sauf qu'elles ne sont ni l'une ni l'autre de bonne foi, ce qui veut dire uniquement qu'elles sont

dépourvues de ce caractère tout particulier des actions de bonne foi, auquel je faisais allusion tout à l'heure, elles produisent des résultats tout différents, notamment en ce qui concerne la répression du dol et de la faute du défendeur.

Je ne vois donc aucun inconvénient à admettre que la *condictio incerti* de l'époque classique ait été arbitraire, étant donné surtout que cette manière de voir peut s'autoriser de certains textes. Voy. notamment : l. 2, l. 4, C., *de cond. ex lege*, IV, 9, — l. 7, C., *de non num. pec.*, IV, 30, — l. 25, C., *de solut.*, VIII, 43, etc.

IV. — Division des actions en *arbitria* et *judicia*, c'est-a-dire en actions dans lesquelles il peut ou non être tenu compte de l'équité.

Chargé de prononcer sur l'existence d'un droit, dont l'objet a été énoncé *in jure*, le juge, nommé à la suite de la procédure de la *legis actio sacramenti*, ne peut répondre que par oui ou non à la question qui lui est posée. Nous avons vu qu'une telle procédure exige nécessairement que le droit une fois né ne se modifie pas, ainsi que l'équité pourrait le réclamer.

Tout autre est la situation de l'arbitre nommé à la suite de l'aveu portant sur un *incertum*, et ce serait une erreur de croire que, chargé implicitement de vérifier d'abord l'existence du droit, la décision, qu'il va rendre, présentera le même caractère de rigueur que la sentence du juge proprement dit.

Lorsqu'en effet, le juge a prononcé sur l'existence du droit dont l'objet a été énoncé *in jure*, il est dessaisi. La conséquence de sa sentence, c'est que le défendeur est mis en demeure d'exécuter en nature la prestation même qui constitue cet objet. — Au contraire l'arbitre, une fois sa conviction faite sur l'existence des faits, de la stipulation par exemple, sur lesquels le demandeur fonde ses prétentions, ne se borne pas à énoncer sa conviction. Il doit encore indiquer au défendeur ce que celui-ci doit exécuter en nature, il doit, nous l'avons vu, prononcer un *arbitrium rei præstandæ*. Pourquoi ne pourrait-il pas, dans cette fixation, tenir compte des circonstances qui ont pu se produire, soit à la naissance du droit, soit depuis, pour augmenter ou diminuer, selon ce qui lui paraîtra équitable, les obligations du défendeur ? Je ne vois absolument pas ce qui pourrait l'en empêcher.

Il est vraisemblable que l'arbitre apprécie l'existence ou la non existence du droit avec la même rigueur que le juge proprement dit. Mais, et c'est ici qu'apparaît la différence des résultats de cette appréciation faite d'après des règles identiques, l'arbitre est le maître de fixer comme il lui plaît l'étendue des prestations à accomplir par le défendeur. Il

peut donc donner à ces prestations une importance plus grande ou plus petite, que celle qui est due d'après la rigueur du droit, selon ce qui lui paraîtra équitable.

Quel que fût l'usage fait par l'arbitre de cette faculté de tenir compte de l'équité, il est certain que, dans les autres actions, le juge ne pouvait en tenir compte au même degré. De là une division des actions, qui me semble répondre assez bien à celle qui nous est indiquée par Cicéron, lorsqu'il oppose les *judicia* aux *arbitria* (*pro Rosc. Com.*, c. IV). Il est vrai qu'il a en vue la procédure formulaire, et qu'il parle à une époque où existent déjà les actions de bonne foi. Je ne prétends donc pas qu'il se réfère à notre division. Tout ce que je veux dire, c'est que les termes qu'il emploie peuvent fort bien s'appliquer à la division que nous venons de constater, quelques noms que l'on donne aux deux catégories d'actions qui la composent. Je suis d'autant plus porté à le faire, que les termes, dont il se sert, me semblent avoir, relativement à l'époque de Cicéron, un certain air d'antiquité, qui prouve que, s'il les emploie, c'est en vertu d'une habitude traditionnelle. Lui-même en effet, nous déclare que l'on ne sait pas trop si, ni quand il faut dire *judex* ou *arbiter* (*pro Murena*, c. XII). La distinction entre les *judicia* et les *arbitria* devait donc être peu nette à son époque. Il n'y a là rien qui doive étonner, si l'on songe que, dès l'époque des *legis actiones*, on vit l'arbitre faire fonctions de juge (voyez ce que nous avons dit plus haut de l'arbitre nommé à la suite de l'aveu d'un *incertum*), et le juge faire fonctions d'arbitre (voyez ce que nous disons plus loin du juge nommé à la suite de la *legis actio per condictionem*). La distinction entre les *judicia* et les *arbitria* doit remonter à une époque où les termes avaient encore leur signification précise. Cette époque ne peut être que celle où, à côté de l'action absolument stricte, s'était introduite, par l'usage de la formule incertaine, une action dans laquelle il pouvait être tenu compte de l'équité.

V. — Modifications apportées, par l'usage de la formule incertaine, a la théorie des actions réipersécutoires et pénales.

S'il est vrai, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que l'arbitre saisi d'une action intentée par la formule : *aio... incertum*, etc, tienne compte de l'équité, nous devons déterminer dans quelle mesure. Il ne faut point en effet se faire d'illusions. Quoi qu'on en ait dit, l'équité est quelque chose d'essentiellement variable. Non point en elle-même peut-être, mais dans l'idée que nous nous en faisons, et qui varie avec les individus. Quelque chose d'analogue se présente dans la succession des temps : l'idée d'équité change. Aussi faudrait-il se garder de croire que l'idée d'équité, quelques facilités qu'eût l'arbitre d'en tenir compte de

la manière la plus large, aît dû nécesairement être appliquée par lui avec l'ampleur, que nous lui voyons revêtir plus tard.

La *condictio incerti*, qui n'est pas autre chose que notre action, ainsi nommée dans la suite, nous fournit, sur la manière dont l'idée d'équité dut être appliquée à l'origine, une précieuse indication. D'une part en effet, la *condictio incerti* assure au demandeur la réparation du dommage causé par le dol ou la faute du débiteur (à l'appui, l. 137, §§ 2 et 3, D., *de verb. obl.*, XLV, 1) ; d'autre part, il semble que le dol du demandeur n'y soit pas, de plein droit, au moins dans une certaine mesure, pris en considération. Cette action comporte l'exception de dol, ce qui implique évidemment que, en l'absence de cette exception, on ne tient pas compte, sinon de toute espèce de dol du demandeur, au moins de certains faits de dol. Il se dégage, ce me semble, de ces deux caractères de la *condictio incerti*, qu'en général il est dans les idées romaines de réprimer plutôt le dol du défendeur que celui du demandeur. Aussi est-il vraisemblable que l'arbitre, chargé de statuer sur l'action intentée par la formule incertaine, usa de la faculté qu'il avait, de fixer à sa guise la prestation à accomplir par le débiteur, pour assurer la réparation du dommage injustement causé au demandeur, sans tenir compte du dol de ce demandeur. Aussi bien les inconvénients de l'action réipersécutoire consistaient-ils surtout en ce que, jusqu'alors, le débiteur se libérait en livrant la chose, en accomplissement littéralement la prestation promise, encore bien que, par méchanceté ou négligence, il eût causé au créancier un dommage considérable. Il n'y a donc rien que de très vraisemblable à admettre que l'arbitre dut tout d'abord trouver équitable d'y remédier, en fixant la prestation imposée au débiteur de manière à assurer la réparation du dommage causé au créancier par dol ou faute.

Cependant l'arbitre statue dans des cas semblables de la même manière. Peu à peu se forme une jurisprudence. Les jurisconsultes, les prudents, à leur tour, donnent des solutions théoriques pour des cas à venir. C'est ainsi que peu à peu l'action née d'un droit incertain prend ce caractère particulier, qui fera que plus tard la *condictio incerti* assurera au demandeur une si pleine réparation du dommage, qu'il n'aura pas besoin de l'action de dol, indispensable à côté de la *condictio certi*. C'est ainsi que peu à peu se dégage cette règle, que nous voyons appliquée plus tard à la *condictio incerti*, que le débiteur répond de son dol et de sa faute.

De cette double circonstance, d'une part que l'arbitre fixe la condamnation de manière à assurer la réparation du dommage injustement causé par le défendeur, et d'autre part qu'il ne tient pas compte, dans

cette fixation, des effets de la méchanceté ou de la négligence du demandeur, il résulte que la condamnation portera toujours au moins sur la *res*. Elle pourra sans doute être plus élevée : cela arrivera chaque fois que le dol ou la faute du débiteur aura causé au créancier un dommage que la prestation de la *res* ne suffirait pas à réparer. Mais elle ne se limitera pas à la réparation du préjudice subi, si ce dommage est inférieur à la *res*. Qu'on ne l'oublie pas en effet : notre action est premièrement réipersécutoire, elle tend essentiellement à faire obtenir au demandeur la chose même, la valeur qui fait l'objet de la dette. Sans doute, en fait, l'arbitre est le maître de fixer à son gré l'étendue de la condamnation, selon qu'il le juge équitable. De même qu'il use de cette liberté pour augmenter l'obligation du défendeur, dans les cas où le dommage injustement causé par lui excède la valeur de la *res*, parce qu'il trouve conforme à l'équité d'assurer la réparation intégrale du dommage injustement causé, il pourrait, dans les cas où l'étendue du dommage est inférieur à la *res*, considérer comme dolosif de la part du demandeur de réclamer intégralement cette *res*, et par suite l'obliger à se contenter de la réparation du dommage, en diminuant la condamnation. Mais précisément il n'est pas dans les idées du temps de tenir compte du dol du demandeur, ou, plus exactement, quoi qu'il fasse, on n'y voit point de dol. Il n'y a donc pour l'arbitre aucun motif de faire descendre la condamnation au-dessous de la *res*, alors même que le préjudice subi par le demandeur est inférieur à la valeur de cette *res*.

Telle que je viens de la décrire, l'action née d'un droit incertain, tendant toujours au moins à la *res*, continue manifestement d'appliquer le principe *cuique suum*. — Il est non moins certain que ce principe, strictement appliqué, est insuffisant à expliquer les effets nouveaux produits par cette action, je veux dire la réparation du dommage injustement causé, lorsque ce dommage excède la valeur de la chose. En tant qu'elle les produit, cette action doit être considérée comme fondée sur le principe, implicitement appliqué par l'arbitre, que : commettre un dol ou une faute, c'est s'engager à réparer le dommage qui en résulte. De sorte que, à la différence de l'action née d'un droit certain, qui continue d'être fondée exclusivement sur le principe *cuique suum*, l'action, dont nous parlons, est fondée à la fois sur ce principe et sur celui de l'obligation de réparer le préjudice injustement causé, chacun de ces principes produisant ses effets propres, le premier permettant au demandeur de réclamer en toute hypothèse la *res* elle-même, le second l'autorisant à réclamer la réparation du dommage, qui, injustement causé

par le défendeur, ne se trouve point réparé par la prestation de cette *res* (51).

Il eût sans doute été logique de faire à chacun de ces deux principes, sa part; de montrer que, si c'est en vertu du premier que le défendeur est, en toute hypothèse, même dans le cas de perte fortuite, tenu jusqu'à concurrence de la *res*, c'est le second qui autorise le créancier à demander la réparation du dommage injustement causé par le défendeur, en tant que ce dommage ne se trouve pas réparé par la prestation de la chose. Les Romains ne le firent point. Nulle part nous ne les voyons distinguer nettement l'influence de chacun de ces principes. De là, dans leur manière de parler, une confusion qu'il n'est pas possible de nier, et une impropriété de termes, qui étonnerait, si l'on ne se souvenait que l'action, dont nous nous occupons, ne s'est transformée que peu à peu, par l'usage, sans aucune innovation législative, attirant l'attention et suggérant l'idée d'une théorie nouvelle. C'est ainsi que l'action née d'un droit incertain garde le nom de *rei persecutoria*, concurremment avec l'action née d'un droit certain, alors que les résultats de l'une et de l'autre sont bien différents. Or, *rei persecutoria*, elle l'est sans doute, en ce sens qu'elle est toujours fondée sur le principe *cuique suum*, et qu'elle aboutit toujours au moins à la *res ipsa*. Mais elle n'est pas que cela : elle tend de plus à assurer au demandeur l'indemnité du dommage causé par le dol ou la faute du débiteur. Point de mots, en droit romain, pour exprimer ces idées. On ne dit point, comme il le faudrait, que notre action est à la fois réipersécutoire, et, qu'on me passe l'expression, réparative du dommage injustement causé; on ne dit point que, si elle est réipersécutoire en ce sens que, fondée sur le principe *cuique suum*, elle tend toujours à faire obtenir la *res*, elle ne l'est plus, en ce sens que ordinairement elle ne se limite plus à la *res*. Même pour exprimer les résultats de notre action, on continue de dire qu'elle est *rei persecutoria*. De là une véritable corruption de l'expression *rei persecutoria*, cette expression conservant d'ailleurs sa signification primitive et technique, en tant qu'elle sert à énoncer le principe sur lequel notre action reste, au moins partiellement, fondée. Le mot

(51) Une confirmation précieuse de cette manière d'envisager les effets de l'action née d'un droit incertain, se trouve dans les lois 49, § 1, D., *de act. empti*, XIX, 1, — 13, C., *de usuris*, IV, 32, — 4, C., *depositi*, IV, 34, qui déclarent que les intérêts obtenus par les actions incertaines ne sont pas compris *in obligatione*. Il est vrai que, dans ces textes, il s'agit d'actions de bonne foi, mais cela n'a aucune importance, car, ainsi que nous le verrons, si les actions de bonne foi permettent d'obtenir ces intérêts, c'est en qualité d'actions incertaines.

res, lui aussi, présente désormais un double sens. En tant qu'il désigne ce que notre action tend à faire obtenir, ce qu'elle ferait obtenir, n'était la combinaison, avec le principe *cuique suum*, du nouveau principe que nous avons signalé, le mot *res* signifie toujours la chose même, la valeur promise ; — en tant qu'il est employé pour désigner ce que l'action fait réellement obtenir, il finit par signifier tantôt la chose, et tantôt la réparation du dommage, *id quod interest actori*.

Cette double signification attribuée au mot *res*, et par suite à l'expression *rei persecutoria*, résulte, je le répète, de la manière dont les résultats de l'action née d'un droit incertain se modifièrent. Il n'y eut point de passage brusque de l'ancien état de choses au nouveau ; celui-ci se substitua à celui-là lentement, progressivement, d'une manière insensible et pour ainsi dire occulte. Tandis que, véritable action *rei persecutoria*, l'action intentée par la formule incertaine, excédait timidement ce rôle, pour assurer, dans une mesure encore bien modeste, la réparation du préjudice injustement causé, c'était toujours en théorie la *res*, la *res* seule qu'elle faisait obtenir. Petit à petit cette réparation est poursuivie sur une plus vaste échelle, mais le pli est pris : on continue de dire que l'action ne fait obtenir que la *res* (52).

Cette persistance à considérer l'action née d'un droit incertain comme ne procurant jamais que la *res*, aboutit à cette conséquence remarquable que, intentée contre les héritiers de la personne primitivement tenue, elle va produire contre eux les mêmes effets que si elle eût été intentée contre cette personne même. En d'autres termes, elle va leur imposer de réparer le dommage causé par le dol ou la faute de leur auteur, quoiqu'il ne soit pas dans les idées des Romains de mettre à la charge des héritiers les conséquences du dol de la personne à laquelle ils succèdent, ainsi qu'il apparaît suffisamment dans toute leur théorie pénale. Il ne pouvait en être autrement. Du moment que l'action est réputée ne procurer que la *res*, elle doit produire les mêmes résultats contre l'obligé primitif et contre ses héritiers. C'est un principe traditionnel en effet que l'action *rei persecutoria* se donne contre les héritiers de la même manière que contre leur auteur. On continue d'appliquer ce principe, malgré les changements profonds subis par l'action qui nous occupe. On ne trouve dans les textes la trace d'aucune hésitation sur ce point,

---

(52) J'ai à peine besoin de faire remarquer que, en matière d'actions nées de droits certains, le mot *res* n'est jamais pris que dans son sens propre. Ces actions en effet restent fondées exclusivement sur le principe *cuique suum*. Elles tendent à la *res* au véritable sens du mot, et ne font jamais obtenir que cette *res*.

quoique, si l'on eût mieux analysé cette action, des doutes sérieux eussent assurément pu se produire sur sa transmissibilité passive, en tant qu'elle aboutit à réparer le dommage injustement causé, qui ne se trouve pas réparé par la prestation de la *res*.

L'habitude prise par l'arbitre, nommé pour statuer sur l'action intentée par la formule incertaine, d'étendre sa première condamnation, non-seulement à la valeur de la *res*, mais à l'importance du dommage causé au demandeur par le dol ou la faute du défendeur, n'eut, à mon avis, aucune influence sur la théorie des actions pénales. Ces actions, fondées sur l'idée de vengeance, continuent de pouvoir être intentées et de produire leurs pleins effets, sans que l'existence ou l'exercice d'une action réipersécutoire quelconque y mette aucun obstacle.

Il en est ainsi alors même que, antérieurement à l'exercice de l'action pénale, une action réipersécutoire, intentée par la formule : *Aio incertum*, etc., a eu pour résultat de procurer au demandeur la réparation intégrale du préjudice qu'il a éprouvé. Il n'y a en effet aucun motif pour que la circonstance que le dommage a été réparé, mette obstacle à l'exercice d'une action qui ne tend pas à la réparation du dommage (53).

Je dois faire remarquer que, tout au contraire, lorsqu'une action pénale a en fait indemnisé la victime du délit du préjudice qu'elle a subi, cette circonstance a une certaine influence sur les résultats de l'action réipersécutoire qu'elle intenterait plus tard par la formule

---

(53) Je dois faire ici une remarque essentielle. Je suppose au texte, étant donnée l'existence simultanée d'une action réipersécutoire incertaine et d'une action pénale, que celle-là, ayant été exercée la première, a été suivie d'une condamnation portant sur l'intégralité du dommage. Or il ne peut vraisemblablement en être ainsi, je veux dire qu'une action intentée par la formule *aio... incertum*, etc., ne peut, lorsqu'elle se trouve en fait en concours avec une action pénale, aboutir à une condamnation aussi étendue que si l'action pénale n'existait pas, que si l'existence de cette action pénale n'est pas prouvée, ou si, cette existence étant prouvée, il n'est pas prouvé également que le sujet passif de cette action soit solvable. En prouvant en effet l'existence, au profit du demandeur, d'une action pénale contre une personne solvable, par laquelle il est loisible à ce demandeur d'obtenir la réparation au moins partielle du dommage qu'il a éprouvé, le défendeur à l'action incertaine enlève à l'arbitre tout motif pour étendre la condamnation au-delà de la *res* sous prétexte de réparation du dommage. Ce que nous avons dit au texte ne peut donc se rapporter qu'à l'hypothèse, où la condamnation sur l'action incertaine s'est étendue à l'intégralité du dommage subi par le demandeur, soit parce que le défendeur n'a pas su ou n'a pas voulu prouver l'existence de l'action pénale qui compète au demandeur, soit parce que, cette preuve faite, il n'a pas prouvé de plus la solvabilité du défendeur éventuel à cette action.

incertaine. Non point que cette action soit privée de tout effet par la circonstance que le dommage se trouve réparé. Elle n'est point en effet exclusivement fondée sur le principe de la réparation du dommage causé par dol ou faute. Alors même que le titulaire de cette action n'a éprouvé aucun dommage, elle doit aboutir à la *res*. Il en sera ainsi dans le cas qui nous occupe, car il faut évidemment mettre sur la même ligne le cas où aucun dommage n'a été causé, et celui où il y a eu un dommage, qui se trouve réparé au moment de l'action intentée. Mais l'action n'aboutira, en plus de la *res*, qu'à une somme telle que, jointe à la *res* et à ce qui a été fourni sur l'action pénale, elle soit égale, mais non supérieure à l'importance du dommage éprouvé (54). En tant qu'elle est susceptible d'aboutir à une condamnation supérieure à la *res*, cette action est en effet fondée sur la nécessité d'assurer la réparation du préjudice causé par dol ou faute. Or cette nécessité n'existe bien évidemment qu'autant que ce préjudice n'a pas encore été réparé.

On voit que, dans le cas de concours d'une action pénale et d'une action réipersécutoire susceptible d'être exercée par la formule incertaine, on arrive à des résultats différents selon que l'action réipersécutoire est exercée la première ou la seconde, et cette différence constitue bien évidemment au point de vue pratique un vice grave. Nous verrons plus loin comment les jurisconsultes arrivèrent à purger de ce vice la théorie des actions réipersécutoires et pénales.

J'ajoute que ce même vice se présente dans le cas de concours d'une action incertaine avec une action réipersécutoire non incertaine, je veux dire que, dans ce cas, il y a également des résultats différents, selon que l'action incertaine est exercée la première ou la seconde. C'est ainsi que, si l'action incertaine est exercée d'abord, et aboutit à la réparation intégrale du dommage (55), cela n'empêchera pas d'exercer ensuite l'autre action réipersécutoire, comme si elle était seule, — tandis que si celle-ci avait été exercée la première, l'action incertaine exercée

---

(54) C'est dire que, si la *res*, jointe à ce qui a été fourni sur l'action pénale, égale ou surpasse le montant du dommage, l'action incertaine n'aboutira qu'à la *res*.

(55) Je fais observer qu'il n'en sera ainsi, que si le défendeur à l'action incertaine n'a pas su ou n'a pas voulu prouver l'existence au profit du demandeur de cette autre action réipersécutoire, ou si, cette preuve faite, il n'a pas pu prouver que le sujet passif de cette action était solvable. S'il est prouvé en effet que le demandeur est muni d'une autre action, susceptible, à raison de la solvabilité du défendeur éventuel à cette action, d'aboutir à la réparation du dommage, il ne peut être question pour l'arbitre de l'action incertaine, d'en étendre la condamnation au-delà de la *res*.

ensuite n'aurait abouti qu'à la *res*, l'arbitre ne pouvant songer à accorder quelque chose en plus de la *res* pour réparer un dommage, dont le demandeur se trouve indemnisé suffisamment par les résultats de la première action réipersécutoire (56).

VI. — Disparition, dans les actions intentées par la formule incertaine, du principe des condamnations pécuniaires au double.

Nous savons que l'*arbitrium litis æstimandæ* aboutit à une condamnation au double de la valeur. L'arbitre doit évaluer en argent la prestation due et non exécutée, et ordonner au débiteur de payer le double de cette somme.

Un simple coup d'œil sur les différents cas qui peuvent se présenter, suffit à convaincre que cette règle peut, selon les circonstances, enchaîner très étroitement l'arbitre, ou lui laisser la faculté de se mouvoir dans une très large mesure. Lorsque la prestation, non accomplie, consistait dans le paiement d'une somme d'argent déterminée, aucune liberté pour l'arbitre : il ne peut que doubler cette somme. Il en est presque de même dans tous les cas où l'objet du droit est très facilement appréciable en argent, dans tous les cas où le droit est certain, comme l'on peut

---

(56) J'estime que la règle, en vertu de laquelle le débiteur, qui a, sur une action incertaine, fourni au demandeur la réparation du dommage qu'il a subi, ne peut aucunement s'en prévaloir pour faire diminuer la condamnation à intervenir sur l'action pénale, ou réipersécutoire non incertaine, qui est ensuite intentée contre lui, trouve, dans un certain nombre de cas, un correctif dans les principes mêmes admis en matière d'actions incertaines.

Il se trouve en effet, lorsque le débiteur subit la seconde condamnation, que la première, celle qui est intervenue sur l'action incertaine, est, pour parler le langage de l'époque classique, partiellement dénuée de cause : elle n'a été prononcée, avec l'étendue que l'arbitre lui a donnée, que dans la supposition implicite que le dommage ne se trouverait pas réparé par une autre voie ; or cette supposition a été démentie. Dans de telles circonstances, il est certain qu'à l'époque classique, le débiteur aurait une *condictio sine causa*, pour se faire restituer ce à quoi il n'eût pas été condamné, si l'on eût su que le dommage se trouverait réparé d'une autre façon. Or, à l'époque où nous sommes, il n'y a, il est vrai, pas d'action en répétition de ce qui a été fourni sans cause. Mais que l'on suppose que le débiteur, dont nous parlons, ait reçu, en échange de la promesse qu'il a faite, une autre promesse également susceptible d'être invoquée par la formule incertaine, j'estime qu'il pourra, par cette action, laquelle réprime tout dol du défendeur, obtenir de son créancier, non-seulement l'objet de la promesse de ce dernier, mais encore la restitution de ce qui n'eût pas été compris dans la première condamnation, s'il eût été certain que le dommage serait réparé par une action pénale, ou une seconde action réipersécutoire.

dire depuis qu'une distinction s'est établie entre les droits au point de vue de leur plus ou moins grande aptitude à une estimation pécuniaire. Il en est autrement dans les autres cas ; il est manifeste qu'à toute époque, l'*arbiter litis æstimandæ* eut la faculté d'apprécier plus ou moins haut la valeur de la prestation.

Indépendamment donc de l'usage de la formule : *aio... incertum*, etc., une distinction de fait dut s'établir entre les *arbitria litis æstimandæ*. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'usage de cette formule vint augmenter encore la faculté pour l'arbitre de fixer à sa guise la valeur de la prestation. En effet l'arbitre *litis æstimandæ*, nommé à la suite d'une *legis actio sacramenti*, était jusqu'à un certain point lié par l'estimation sommaire qui avait été faite *in jure*, aux fins de fixer le montant du *sacramentum*. Dans certains cas même, cette estimation le liait étroitement : c'est ainsi que, le *sacramentum* ayant été fixé à 500 as, il ne pouvait évidemment prononcer de condamnation inférieure à 2000 as.

L'arbitre nommé dans l'action intentée par la formule : *aio incertum*, est libre de toute entrave. En effet il n'y a pas eu de *provocatio* au *sacramentum*, et par suite aucune estimation *in jure*.

Il dut, à mon avis, user largement de cette liberté. Ce qui me le fait croire, c'est que le même courant d'idées, qui avait fait admettre les considérations d'équité dans la fixation de la prestation à accomplir en nature par le défendeur, avait dû amener, dans la manière d'envisager les délits, ces changements signalés plus haut, et en vertu desquels : d'une part, au lieu qu'à l'époque primitive, les Romains voyaient, dans certains faits matériels prévus par la loi, une présomption d'injustice subjective, d'intention mauvaise, absolument irréfragable, le délit ne fut désormais plus punissable que lorsque l'intention mauvaise exista réellement, ou qu'il fut du moins possible de reprocher au défendeur une négligence, une faute, — et d'autre part il parut équitable de ramener peu à peu la peine à sa limite *minima*, qui est la réparation du dommage causé. Or, si la condamnation, dans l'*arbitrium litis æstimandæ* porte sur le *duplum*, c'est que les anciens Romains avaient vu dans l'inexécution d'une obligation reconnue par une sentence, un véritable délit. Comme les autres, le délit dont il s'agit, dut subir une double transformation. D'une part l'arbitre dut être amené à penser qu'il n'y avait pas toujours lieu de punir l'inexécution, car il n'y a pas toujours dol, ni même faute à ne pas exécuter une obligation constatée, qu'en conséquence il serait équitable, en l'absence de dol et de faute dans l'inexécution en nature, de ne condamner le défendeur qu'à payer la

valeur de la *res* (57). D'un autre côté, alors que l'inexécution résulte du dol ou de la faute du débiteur, l'arbitre dut penser qu'il y avait lieu de limiter sa condamnation à la réparation du dommage.

Comment l'arbitre pourra-t-il réaliser ces deux *desiderata* ? Le premier surtout n'est point d'une exécution facile, je veux dire qu'il n'est pas possible d'employer pour y arriver le procédé usité pour le plus grand nombre des autres délits. Car il n'y a pas moyen ici de changer le sens des mots. L'arbitre doit condamner au double quand il y a inexécution ; or l'inexécution est l'inexécution, encore bien qu'il n'y ait aucun reproche à adresser au débiteur.

Sans doute que l'arbitre eut ici recours à son pouvoir de fixer à sa guise la valeur du litige. Si l'inexécution n'a pour cause ni dol, ni faute du débiteur, l'arbitre fixera la valeur du *simplum*, de manière que le double de ce *simplum* représente la valeur de la chose. Y a-t-il eu dol ou faute, son appréciation du *simplum* sera telle que le *duplum* soit précisément égal à l'importance du dommage.

De cette manière l'équité était satisfaite, sans qu'il fût expressément dérogé au principe de la condamnation au double. En réalité l'arbitre condamnait à une somme représentant la *res* ou l'importance du dommage.

Ces résultats pratiques des actions incertaines finirent d'ailleurs par faire perdre de vue, quant à ces actions, le principe, toujours en vigueur cependant, que la condamnation en argent, en suite d'inexécution, doit porter sur le *duplum*. C'est ainsi que ce principe, sans être jamais abrogé, en matière d'actions nées de droits incertains, disparut, quant à ces actions, sans laisser aucune trace dans la théorie classique.

VII. — La *litis contestatio* dans l'action intentée par la formule incertaine.

Nous avons indiqué, dans le cours de nos explications antérieures, deux espèces de *litis contestationes* : d'une part, celle qui termine la procédure *in jure* de la *legis actio sacramenti ;* — d'autre part, celle qui clôt l'*arbitri postulatio*. Toutes deux ont un certain caractère con-

---

(57) On pourrait croire qu'en pareil cas l'arbitre eût dû trouver équitable de ne prononcer aucune condamnation contre le défendeur. Mais il ne faut pas oublier que, l'action dont nous parlons étant fondée sur le principe *cuique suum*, le défendeur doit en toute hypothèse fournir au moins la *res*. Ce n'est pas le punir que d'exiger de lui le paiement de la *res*. Il ne peut donc être question, sous prétexte qu'il ne mérite aucune punition, d'abaisser la condamnation au-dessous de la valeur de la *res*.

tractuel; la dernière seule peut être considérée comme éteignant le droit antérieur.

Toute action s'introduisant, à l'époque primitive, par la *legis actio sacramenti*, il est manifeste que dans le cours de toute action, la première *litis contestatio* se produisait à un moment donné. Postérieurement à cette première *litis contestatio,* il pouvait, antérieurement à la loi Pinaria, s'en produire une autre : cela arrivait dans tous les cas où, le droit n'étant pas liquide, il y avait lieu de faire nommer un *arbiter rei præstandæ.* Dans tous les cas où le droit était liquide, cette seconde *litis contestatio* n'avait évidemment pas lieu.

La loi Pinaria, en faisant, dans tous les cas, de l'organisation d'un *arbitrium litis æstimandæ*, un préliminaire indispensable de la procédure d'exécution, eut pour effet que désormais toute action compta, dans l'ensemble de son développement, une *litis contestatio* de plus, S'agit-il d'un droit liquide, il y aura deux *litis contestationes* ; s'agit-il d'un droit non liquide, il y en aura désormais trois.

L'introduction de la formule : *aio... incertum*, etc., dans les actions nées de droits incertains, eut pour résultat de ne laisser subsister dans ces actions qu'une seule *litis contestatio.* En effet il n'y a plus, dans ces actions qu'une seule comparution *in jure;* l'arbitre peut être demandé et nommé immédiatement après l'aveu du défendeur qu'il doit *incertum.* A côté de la *litis contestatio*, qui clôt cette procédure *in jure*, il n'est pas possible d'en concevoir d'autre, car nous savons que l'arbitre nommé cumule les fonctions d'*arbiter rei præstandæ* et d'*arbiter litis æstimandæ.*

La circonstance, que nous avons relevée plus haut, que cet arbitre doit, lorsqu'il a reconnu l'existence du droit prétendu par le demandeur, apprécier l'étendue de ce droit, et prononcer contre le défendeur un *arbitrium rei præstandæ*, a pour conséquence que cette *litis contestatio* peut, comme toute *litis contestatio* constatant la nomination d'un *arbiter rei præstandæ*, être considérée comme éteignant le droit antérieur à l'exercice de l'action, et lui servant de base.

Je remarque que cette circonstance n'a aucun effet pratique à l'époque dont nous nous occupons. Nous verrons quel parti la jurisprudence en tira, au moment où furent supprimées les formalités des *legis actiones.*

VIII. — Origine du principe en vertu duquel l'on peut, au lieu d'une action *incerta*, exercer une *condictio certi.*

Nous avons vu la procédure introduite par l'usage en matière d'actions nées de droits incertains. L'emploi de cette procédure dépendait absolument du demandeur, complètement libre, au lieu de laisser dans le vague l'objet de son droit et de dire : *Aio te mihi incertum dare*

facere oportere, de le préciser et d'user de la procédure du *sacramentum* dans toute sa rigueur primitive. Il dépendait même du défendeur de rendre cette procédure nécessaire : il n'avait qu'à répondre par une négation à la formule incertaine employée par le demandeur.

Or, je trouve dans la loi 9, pr., D., *de reb. cred.*, XII, 1, une règle de la procédure classique, en vertu de laquelle on peut toujours à une action incertaine, mettons une *condictio incerti*, substituer une *condictio certi*.

Cette règle a tourmenté les interprètes ; ils se sont ingéniés à en découvrir l'utilité, comme si, dans le cours des âges, telle institution ne pouvait se maintenir comme une épave, sans utilité actuelle, d'un état de choses antérieur. Quelques-uns y ont vu une innovation. J'aime mieux y voir un débris du passé, un vestige de la faculté d'option, que je viens de reconnaître aux deux parties, entre le *sacramentum* strict, et la procédure plus douce dérivant de l'emploi de la formule incertaine.

Je ne veux pas insister sur les phases diverses par lesquelles passa cette faculté d'option, pour aboutir à la règle du droit classique. Chacun, quand nous aurons parlé de la *legis actio per condictionem*, et des effets de la suppression des *legis actiones*, les reconstituera facilement. Qu'on me permette seulement d'espérer que l'hypothèse de l'emploi de la formule *aio.... incertum*, etc., hypothèse que je me suis efforcé de justifier dans tout ce qui précède, ne pourra que gagner dans l'esprit du lecteur, en présence de cette explication, si simple, d'une règle que je ne crois pas facile d'expliquer autrement.

ARTICLE III

CRÉATION DE LA *legis actio per condictionem*

Pendant que s'accomplissait, relativement aux droits incertains, l'évolution dont nous venons de présenter les phases, le *sacramentum*, dans toute sa rigueur primitive, se maintenait comme la seule procédure applicable aux actions nées de droits certains.

Cette même procédure, nous l'avons vu, s'était également maintenue en matière d'actions réelles, et en matière d'actions pénales.

Il est vraisemblable que, dans les actions réelles, s'était réalisé un changement, qui avait eu pour résultat de supprimer les inconvénients que pouvait présenter l'application stricte de la procédure primitive du *sacramentum*. Voici en quoi dut consister ce changement. On se rap-

pelle que le plaideur, constitué possesseur, promettait de restituer la chose et les fruits. La décision du juge du *sacramentum* avait ensuite pour effet de rendre cette promesse exigible. Mais une nouvelle *legis actio sacramenti* était nécessaire pour en faire constater judiciairement l'existence. Dans cette *legis actio*, le demandeur dut sans doute user de la formule incertaine : *aio te mihi incertum dare facere oportere*, à la suite de laquelle le défendeur avouait. De là l'organisation immédiate de l'*arbitrium*, qui est organisé à la suite d'un pareil aveu, et qui produit les effets que nous avons énumérés : possibilité pour l'arbitre de fixer la prestation due en tenant compte de l'équité, de calculer à son gré la valeur du *simplum*, destiné à être doublé dans le cas de non-exécution volontaire, etc. L'action réelle prend dès lors, quant aux règles de fond, la physionomie que nous lui voyons à l'époque classique, antérieurement au sénatus-consulte Juventien : elle est arbitraire, et, dans le cas de non-exécution en nature, il y a lieu à une condamnation pécuniaire qui se limite au *simplum* (58).

Ce changement opéré, les inconvénients de la procédure du *sacramentum* ne consistent plus, pour l'action réelle, que dans les formalités de la première *legis actio sacramenti*, et dans le danger pour chacun des plaideurs de perdre le montant du *sacramentum*. (Encore ce dernier point avait-il peut-être été modifié par une loi Crepereia, et le *sacramentum* du perdant était-il touché, non plus par le trésor, mais par le gagnant. Voy. Gaius, IV, 95. Dès lors le danger de perdre le *sacramentum* est compensé par la chance de gagner celui de l'adversaire). Il faut y ajouter la nécessité de revenir *in jure* après la sentence rendue sur le premier *sacramentum*. — Quoi qu'il en soit, les inconvénients les plus graves du *sacramentum* avaient disparu, je veux dire surtout la condamnation au double de la valeur, dans le cas d'inexécution totale ou partielle, quelque cause que pût avoir cette inexécution.

Cet inconvénient de la condamnation au double, dans le cas d'inexécution, subsistait au contraire pour les actions nées de délits, et aussi le risque de perdre le *sacramentum*. Mais, en pareille matière, ce n'étaient pas des inconvénients. La première règle aboutissait à punir

---

(58) Remarquez que le défendeur, constitué possesseur, n'étant tenu de restituer la chose qu'en vertu de la promesse qu'il fait au moment où il obtient les *vindiciæ*, l'*arbiter* ne peut tenir compte du dol et de la faute antérieurs à cette promesse, pas plus qu'il ne tient compte du dol et de la faute antérieurs à un contrat, — mais seulement du dol et de la faute postérieurs à cette promesse, ou, si l'on veut, à la *litis contestatio*.

plus rigoureusement l'auteur du délit; la seconde avait cet effet que, si le délit était prouvé, l'auteur, en perdant le *sacramentum*, trouvait là encore un supplément de peine; s'il ne l'était pas, celui qui n'avait pas craint d'accuser d'un délit une personne qui ne l'avait pas commis, était puni de son imprudence.

Les mêmes raisons de maintenir l'usage du *sacramentum* et la condamnation au double, n'existaient pas pour les actions personnelles nées de faits licites, encore soumises à la *legis actio sacramenti* dans toute sa rigueur, c'est-à-dire pour les actions contractuelles nées de droits certains. Le nouveau courant d'idées qui avait abouti à modifier la notion du délit, la comparaison de la procédure usitée en matière d'actions nées de droits incertains, devaient amener un changement, une modification de la procédure des actions nées de droits certains, procédure que l'usage avait été impuissant à transformer.

Ce changement fut réalisé, dans les années 510 et 520, par les deux lois Silia et Calpurnia. La première, nous dit Gaius (IV, 19), eut trait aux actions ayant pour objet *certa pecunia*; la seconde, aux actions *de omni certa re*.

Les renseignements nous manquent sur l'organisation de la procédure créée par ces deux lois. Tout ce que nous en savons, c'est que cette procédure comportait une dénonciation, faite par l'une des parties à l'autre, d'avoir à se présenter au bout de trente jours, devant le magistrat pour faire procéder à la nomination d'un juge (Gaius, IV, 18. Cf. Festus, v° *condicere*).

On a conjecturé, en s'appuyant sur ce que, à l'époque classique, la *condictio certæ pecuniæ* comporte une *sponsio pœnalis tertiæ partis*, que, dans la *legis actio* qui nous occupe, le passage du *jus* au *judicium* se faisait au moyen d'une *sponsio* de ce genre (au moins dans le cas de la *condictio legis Siliæ*). Les parties, *in jure*, se seraient respectivement promis le paiement du tiers de la somme prétendue par le demandeur, pour le cas où il serait jugé contrairement à leurs allégations respectives. Le juge nommé aurait ensuite été chargé de décider lequel des deux plaideurs avait fait une *sponsio justa*, et aurait ainsi tranché indirectement la question de fond, absolument comme le juge nommé à la suite de la *provocatio sacramenti*. — Quant à la *condictio legis Calpurniæ*, ne trouvant dans les textes aucune trace d'une *sponsio* de ce genre, on suppose qu'il n'y en avait réellement pas, et que la question était directement posée au juge.

Ce système ne me paraît pas devoir être admis. Etant donné le court espace de temps qui sépara la création de nos deux *condictiones*, on peut considérer comme certain qu'elles reçurent la même organisation. De

deux choses l'une donc : ou la *sponsio* avait lieu dans les deux *condictiones*, — ou elle n'avait lieu dans aucune.

Certains auteurs admettent la première alternative. Pour eux, la *condictio legis Calpurniæ* comporte une *sponsio*. Pour expliquer que cette *sponsio* n'ait laissé aucune trace dans les textes qui nous sont parvenus, ils supposent qu'elle n'était que *præjudicialis*. — Ne nous arrêtons pas à cette dernière allégation, attachons-nous au fond du système, à l'existence, dans l'une et l'autre *condictio*, d'une *sponsio* destinée à engager le débat, et à ne soumettre au juge la question de l'existence du droit que sous une forme voilée. Nous croyons devoir le repousser.

Si l'on veut en effet une *sponsio*, à quel moment aura-t-elle lieu ? On sait que la procédure qui nous occupe, tire son nom d'une dénonciation ou *condictio*, adressée par l'une des parties à l'autre, d'avoir à se présenter *in jure* au bout de trente jours, pour faire procéder à la nomination d'un juge. C'est une question, qui divise les interprètes, que de savoir si cette dénonciation a lieu *in jure* ou *extra jus*, et par suite s'il y a deux comparutions *in jure*, ou une seule. Je n'examine pas pour le moment cette question, mais, me plaçant pour un instant au premier point de vue, je demande à quel moment la *sponsio* a lieu : dans la première, ou dans la seconde comparution *in jure* ?

Il semble bien que ce ne soit pas dans la première. En effet, si la *sponsio* a lieu tout de suite, à quoi sert ce délai de trente jours qui doit s'écouler avant qu'un juge soit nommé pour examiner le *meritum sponsionis* ? A rien, que je sache, sinon à produire le bizarre résultat que voici : ou bien, pendant ce délai, le défendeur pourra exécuter en nature, et le demandeur perdra le montant de sa *sponsio*, ce qui serait bien extraordinaire ; — ou bien l'on dira que le défendeur ne peut pas exécuter en nature pendant le délai, mais pourquoi, et en vertu de quel principe ?

La *sponsio* est-elle plus facile à comprendre dans la seconde comparution *in jure* ? Nous ne le croyons pas. En effet, outre que l'on peut se demander, si la *sponsio* a lieu dans la seconde comparution *in jure*, à quoi peut bien servir le délai antérieur de trente jours, il faut remarquer que la décision à intervenir sur la *sponsio* ne pourrait porter que sur le *an debeatur*, de sorte qu'il faudrait supposer ensuite un *arbitrium litis æstimandæ* ou quelque autre instance pour aboutir à une condamnation pécuniaire. Or une telle supposition ne peut être faite, étant donné, d'une part, que la *condictio* dont il s'agit passa sans fiction dans la procédure formulaire (Gaius, IV, 33), et d'autre part qu'à l'époque classique, il n'y a en cette matière qu'une seule sentence judiciaire.

Les mêmes considérations s'appliquent au système qui, voulant que la dénonciation ait lieu *extra jus*, admet la *sponsio* dans la comparution *in jure* qui a lieu trente jours après.

Nous rejetterons donc la *sponsio*. D'autant plus facilement qu'il n'en est nulle part question à propos de la loi Calpurnia, — et qu'à l'époque classique, la *sponsio tertiæ partis* n'a pas du tout le rôle qu'on veut lui faire jouer : elle ne sert pas à engager le débat (59).

Mais il ne suffit point de dire ce que la *legis actio per condictionem* n'était pas, il faut dire ce qu'elle était. Il nous semble que, pour le découvrir, il faut nous appuyer sur ce que nous avons dit plus haut, savoir que deux points surtout appelaient des réformes : l'obligation de risquer un enjeu, — la condamnation pécuniaire au double. Il est infiniment probable que nos deux lois eurent pour but et pour effet de modifier ces deux points.

Or, pour cela, il suffisait de décider, d'une part, que le juge serait nommé sans que les parties fussent obligées de se provoquer au *sacramentum*, et qu'on lui poserait directement et sans voiles la question de l'existence du droit, — et d'autre part que l'*arbiter litis æstimandæ* ne devrait plus condamner qu'au *simplum*.

La réforme des lois Silia et Calpurnia eut-elle réellement cette portée ? Je ne le crois pas. La procédure des actions certaines, ainsi modifiée, eût continué de présenter un grave inconvénient, sur lequel je n'ai pas encore attiré l'attention, et qui avait dès longtemps disparu de la procédure des actions incertaines : la nécessité de deux instances, de deux comparutions *in jure*, de deux *judicia* différents (ou mieux : un *judicium* et un *arbitrium*), dans tous les cas où la première sentence n'eût pas été suivie d'exécution en nature. Je crois que nos deux lois supprimèrent cette nécessité. Voici comment.

Au lieu de la première comparution *in jure*, il n'y aura plus qu'une simple sommation, adressée par le créancier au débiteur, d'avoir à payer, à exécuter en nature, ou sinon de se présenter, au bout de trente jours, devant le magistrat, pour faire procéder à la nomination d'un juge chargé de prononcer une condamnation pécuniaire. En d'autres termes, nos deux lois font commencer la procédure au point où elle se trouvait autrefois après la première décision, après la sentence du juge, et accordent au débiteur un délai de trente jours, pour exécuter en nature,

---

(59) Qu'elle ne serve pas à engager le débat, c'est ce qui résulte de ce qu'elle n'est que facultative (Gaius, IV, 171), et qu'il est des cas où elle n'a pas lieu (Gaius, IV, 172).

sous peine de se voir condamner à payer une somme d'argent. Il faut à ce délai un point de départ : de là la *condictio*. Cette *condictio* n'est autre que celle même qui était employée jusque-là, après la sentence du juge, pour sommer le défendeur d'avoir à se présenter *in jure*, pour faire nommer l'*arbiter litis æstimandæ*. Elle n'en diffère que sur un point : c'est qu'ici, par la force des choses, elle ne peut produire son effet qu'au bout de trente jours, car ce n'est que de cette manière que le débiteur jouit d'un délai de trente jours pour exécuter en nature. Les choses se passent comme dans le cas où, après la sentence du juge, la *condictio* tendant à l'organisation de l'*arbitrium litis æstimandæ*, avait lieu le jour même de cette sentence : alors en effet cette *condictio* ne pouvait assigner le défendeur que dans trente jours (60).

On m'objectera qu'il est fort peu vraisemblable que nos deux lois aient remplacé une procédure qui avait pour résultat de constater le droit du créancier, par une simple sommation qui, adressée à un débiteur qui doute peut-être de l'existence de ce droit, n'aura pas pour effet de dissiper ce doute. On me fera remarquer que ce débiteur n'exécutera donc pas, que ce défaut d'exécution entraînera une condamnation pécuniaire, et qu'il se trouvera ainsi privé du bénéfice séculaire de pouvoir exécuter en nature après une sentence constatant son obligation. Quand même la condamnation pécuniaire ne porterait plus sur le double de la valeur, mais sur cette valeur même, il n'en est pas moins vrai que cette exécution pécuniaire sera souvent bien plus onéreuse pour le débiteur que l'exécution en nature.

Je réponds que cette substitution n'est pas aussi extraordinaire qu'elle le paraît. Supposons en effet que la sommation s'adresse à un débitenr ignorant absolument le droit du créancier. Rien ne lui sera plus facile que de vérifier lui-même s'il doit ou non, et par suite s'il doit ou non obtempérer à l'injonction du créancier et exécuter en nature. Qu'on ne l'oublie pas : il s'agit ici de droits ayant un objet déterminé dès l'origine, et invariable. Ces droits au surplus ne peuvent naître que de faits simples, faciles à constater, de stipulations. Lorsque par conséquent une personne recevra, à l'improviste, une sommation d'avoir à *dare* l'esclave Stichus, à fournir cent mesures de froment, ou à payer dix mille sesterces, rien ne lui sera plus facile que de s'assurer par elle-

---

(60) Je tire de ce rapprochement cette conséquence que, la *condictio* nouvelle ayant lieu, comme il est vraisemblale, *extra jus*, il en était sans doute de même de la *condictio* de la loi Pinaria.

même du bien-fondé de cette prétention. Il se peut sans doute à la rigueur qu'elle se trompe et s'imagine faussement ne rien devoir, de telle sorte qu'elle se verra condamner directement à payer une somme d'argent, sans jouir d'un nouveau délai pour exécuter en nature. Mais, outre que la loi, et surtout la loi romaine, n'est point faite pour les gens particulièrement négligents ou stupides, il est certain qu'à l'époque classique, pareil résultat se produisait dans les *condictiones certi*, sans même qu'il y eût nécessité de faire une sommation préalable. Il est non moins certain qu'il n'en était pas ainsi à l'origine. Il faut bien que le passage de l'état de choses ancien, à l'état de choses nouveau ait eu lieu à un moment donné. Ce moment, je le place aux lois Silia et Calpurnia. Je ne vois pas quel reproche je puis encourir.

Si la sommation est suivie d'exécution tout est dit et la procédure s'arrête là. — Au contraire, s'il n'y a pas exécution, les deux parties, au bout de trente jours, se présentent *in jure* pour faire nommer quelqu'un qui tranche le débat. Ce quelqu'un, dans l'esprit du créancier convaincu de la légitimité de sa demande, va avoir pour office d'évaluer en argent la prestation inexécutée, et de condamner le défendeur à payer la somme ainsi fixée. Pour lui, c'est un simple *arbiter litis æstimandæ*. En réalité, il en sera ainsi seulement si le défendeur *in jure* avoue la dette. S'il la nie, ce quelqu'un aura une autre question à examiner en première ligne, c'est la question d'existence de la dette, car enfin on ne peut croire le demandeur sur parole, et peut-être n'est-il rien dû. Dans ce cas, il faut donc que l'on accorde, à la même personne, la double qualité de juge et d'arbitre. Pour la distinguer de l'arbitre qui n'est qu'arbitre, il est vraisemblable qu'on l'appelle plutôt juge.

De là, deux conséquences. — En premier lieu, la personne chargée de trancher le différend ne pourra être demandée dans les termes où autrefois était demandé *l'arbiter litis æstimandæ: quod te mihi hominem Stichum dare oportet, te, prætor*, etc. Cette formule en effet suppose l'existence de la dette reconnue par une sentence ou un aveu. Ce n'est pas ici le cas. Il faut sans doute que, à l'instar de ce qui se passait auparavant dans la *legis actio sacramenti*, le demandeur commence par affirmer son droit : *Aio te mihi hominem Stichum dare oportere.* De là plus tard la formule de la *condictio certi*: *si paret* N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} *hominem Stichum dare oportere.*

Mais ce n'est pas là toute la formule. Sans doute le créancier continue en ces termes : *et ideo* (ou quelque autre expression copulative) *te, prætor, judicem arbitrumve postulo uti des.* Il ne sait pas encore si le défendeur va nier ou avouer, puisqu'il parle le premier. C'est pour cela

qu'il demande un juge, pour le cas où le défendeur viendrait à nier, — ou un arbitre, pour le cas où il avouerait (61).

Quoi qu'il en soit, un juge est nommé, dont la décision a pour effet d'absoudre le défendeur ou de le condamner directement à payer une somme d'argent représentant la valeur de la chose due, sans lui laisser la possibilité d'exécuter encore en nature.

Ces particularités, outre qu'elles expliquent, ainsi que je l'ai dit, la condamnation pécuniaire immédiate dans les *condictiones certi* de l'époque formulaire, ont cet autre effet de donner à la procédure introduite par les lois Silia et Calpurnia, le caractère extinctif que nous avons reconnu à *l'arbitrium litis æstimandæ*. Sitôt la procédure *in jure* close, le droit primitif n'étant plus susceptible de produire aucun effet, on peut dire qu'il est éteint.

Il est à remarquer d'ailleurs, que l'existence de la dette ait été établie par l'aveu du défendeur *in jure*, ou par les preuves administrées par le demandeur *in judicio*, que l'arbitre est uniquement chargé d'évaluer en argent l'objet de cette dette. Il ne peut donc en aucune manière, à la différence de l'arbitre chargé de statuer sur une action née d'un droit incertain, tenir compte de l'équité. De là le caractère strict des actions nées de droits certains, caractère que l'on peut résumer d'un mot en disant qu'elles restent réipersécutoires au sens primitif de l'expression, c'est-à-dire et dans leur principe et dans leurs résultats. C'est à la *res* proprement dite qu'elles tendent : elles sont recevables tant que la *res* n'a pas été intégralement fournie (il n'y a pas même exception dans le cas de perte fortuite) ; elles ne le sont plus, dès que la *res* a été fournie au demandeur, quelque dol qu'ait d'ailleurs commis le défendeur. — C'est la *res* qu'elles font obtenir, je veux dire une somme d'argent équivalente, — toute la *res*, encore que le dommage éprouvé par le demandeur soit inférieur, — rien que la *res*, encore que le défendeur ait, par dol ou faute, causé au demandeur un dommage, que ne réparera pas le paiement d'une somme d'argent égale à la valeur de la *res*.

Cet exposé de la procédure créée par les lois Silia et Calpurnia, nous

---

(61) Ainsi s'explique cette formule si embarrassante de Valerius Probus, qui a tant tourmenté les interprètes. — Les uns ont admis la synonymie des deux mots *judicem* et *arbitrum*, mais le mot *ve* s'y oppose, car il contient essentiellement une idée d'opposition. — Les autres ont voulu, reconnaissant l'antithèse exprimée par cette particule, que l'un des deux mots seulement figurât dans la formule, mais il est peu probable que Valerius Probus ait ainsi, en une seule, condensé deux formules distinctes. — Il me semble que l'explication que je donne de cette formule, a l'avantage d'échapper à l'une et à l'autre objection.

prouve que, dès l'époque des *legis actiones*, les *condictiones certi* se trouvèrent organisées comme elles le furent plus tard. L'introduction de la procédure formulaire eut pour seul effet de remplacer par une formule, les paroles prononcées *in jure* par les parties.

Quant à la sommation préalable, je suis très porté à y voir l'origine de la mise en demeure. La demeure en effet, la *mora*, qui plus tard ne produit plus ses effets que lorsqu'il y a eu résistance frauduleuse du débiteur, dut, je pense, à l'origine résulter de la simple sommation. Or ce sont là les caractères de la *condictio* des lois Silia et Calpurnia. Cette *condictio* ne disparut donc pas, comme on pourrait le croire ; elle ne fit que se transformer. Du reste elle se généralisa, et fut employée en d'autres matières que dans le domaine des *condictiones certi*. Elle ne fut jamais, évidemment, que facultative en ces matières. Ce fut là sans doute ce qui amena la disparition de sa nécessité, même en matière de *condictiones certi*, où primitivement elle avait été obligatoire.

ARTICLE IV.

La *clausula doli*. Origines des actions de bonne foi.

On se rappelle les modifications profondes, apportées à l'action née d'un droit incertain, par l'usage de la formule : *aio... incertum*, etc. Elles dérivent de ce que, par l'effet de cette formule, l'arbitre chargé de connaître d'une telle action, se trouve en fait maître de fixer à son gré la prestation à fournir par le défendeur, et peut par conséquent modifier la rigueur du droit, selon ce qu'il juge équitable. Nous l'avons vu user de cette faculté à un seul point de vue, je veux dire pour assurer au demandeur la réparation du dommage que lui a causé le dol ou la faute du défendeur.

A ne considérer que la liberté de fait dont il jouit, il est certain qu'il eût pu, dans cette voie, aller plus loin, et diminuer la condamnation, ou même la remplacer par une absolution dans les cas où le demandeur ne peut réclamer, ou du moins obtenir, l'intégralité de ce qui lui revient par application des deux principes admis en matière d'actions incertaines, sans blesser l'équité, sans commettre un véritable dol. En d'autres termes, à côté des deux anciens principes, l'arbitre eût pu en admettre un troisième, se formulant à peu près ainsi : le demandeur n'obtiendra la quantité, à laquelle il aurait strictement droit en vertu des deux premiers principes, que s'il peut obtenir cette quantité sans dol de sa part.

Il ne le fit point. Je n'en veux d'autre preuve que la nature de la *condictio incerti* du droit classique. Cette action qui, je le répète, n'est autre que celle même qui nous occupe, affublée, dans la suite des temps, du nom de *condictio*, qui n'avait pas été fait pour elle, et dont la véritable signification s'était perdue, n'est pas, quoi qu'on en ait dit, une action de bonne foi. En effet nulle part nous ne la voyons ainsi qualifiée. Ce silence est caractéristique ; mais il y a mieux. Nous voyons, à l'époque classique, les Romains faire usage, dans le cas de promesse portant sur un *incertum*, d'une clause particulière, la *clausula doli*, dont l'effet est de faire de l'action née de la promesse ainsi complétée, une action de bonne foi. C'est donc qu'en l'absence d'une pareille clause, la *condictio incerti* n'était point de bonne foi.

Or, si nous cherchons quelle différence il peut y avoir entre la *condictio incerti*, dans laquelle nous savons que le juge tient compte de l'équité pour assurer au demandeur la réparation du préjudice causé par le dol ou la faute du défendeur, — et l'action de bonne foi, où il applique le même principe, — nous n'en voyons point, si l'on veut que, dans l'une et l'autre, il pose et applique le principe que le demandeur n'obtiendra ce que le défendeur lui doit par application des deux principes admis dans toutes les actions nées de droits incertains, que s'il peut l'obtenir sans dol. En effet c'est à ce dernier principe que se rattachent tous les effets de l'action de bonne foi, en tant qu'ils ne dérivent pas des deux autres.

Il rend compte de cette première règle, commune à toutes les actions de bonne foi, que la condamnation ne peut en aucun cas dépasser la réparation du dommage subi par le demandeur, et par conséquent reste au-dessous de la *res*, si le dommage est inférieur à la valeur de cette *res*.

On peut également y rattacher cette seconde règle, savoir que le demandeur voit la condamnation diminuée, si, par un pacte postérieur au contrat, il a consenti remise au profit du débiteur.

Le même principe rend compte encore de cette autre règle, en vertu de laquelle la condamnation est diminuée, si le demandeur a lui-même commis un dol, d'une valeur égale à l'importance du dommage qui en est résulté pour le défendeur.

Si, dans certains cas, la réparation du dommage causé au défendeur par simple faute, lui est, de la même façon, indirectement imposée, c'est que, dans ces cas, à raison de la circonstance qu'il ne rend pas un pur service, il y aurait dol de sa part à ne pas assurer cette réparation.

De même, dans le cas où la promesse, dont il se prévaut, ne lui a été faite qu'en vue d'une circonstance déterminée (*causa*), s'il n'obtient aucune condamnation si cette circonstance fait défaut, c'est qu'il y

aurait dol de sa part à recevoir, dans de telles conditions, ce qui lui a été promis.

Enfin si, dans certains cas, je veux dire ceux où le défendeur rend un service gratuit au demandeur, celui-ci ne peut, contrairement à ce qui a lieu d'ordinaire, réclamer la réparation du dommage résultant de la faute du défendeur, c'est qu'il y aurait dol de sa part à se montrer, vis-à-vis d'une personne qui lui rend service, aussi exigeant qu'à l'égard de celui qui s'est engagé dans son propre intérêt, et pour faire sa propre affaire.

Si l'on veut que, dans la *condictio incerti* du droit classique, le juge ait tenu compte du dol du demandeur, et appliqué le principe d'où découlent les six règles des actions de bonne foi que nous venons d'énumérer, il n'y a plus aucune différence entre la *condictio incerti* et l'action de bonne foi. Ces six règles en effet résument, si je ne me trompe, les effets de l'action de bonne foi, qui ne résultent pas des deux principes admis dans toute action incertaine, et par conséquent dans la *condictio incerti*. Si elles sont appliquées dans la *condictio incerti*, celle-ci se confond avec l'action de bonne foi. Mais cela n'est pas possible. Or, sur tous les autres points, la *condictio incerti* et l'action de bonne foi sont identiques, elles appliquent l'une et l'autre le principe *cuique suum*, et le principe de la répression du dol du défendeur. Il faut en conclure que, à la différence de l'action de bonne foi, le juge de la *condictio incerti* n'applique pas le principe de la répression du dol du demandeur, — ce qui est corroboré par cette circonstance que la *condictio incerti* admet l'exception de dol, dont l'effet est précisément de charger le juge de tenir compte du dol du demandeur.

Mais, si la *condictio incerti* du droit classique n'admet pas cette application de l'idée d'équité, en vertu de laquelle le demandeur ne doit obtenir ce à quoi il a strictement droit, que s'il peut l'obtenir sans dol, — c'est donc qu'elle ne fut jamais admise non plus, à l'époque des *legis actiones*, dans l'action qui donna naissance à la *condictio incerti*, je veux dire l'action née d'un droit incertain, intentée par la formule : *Aio.... incertum*, etc.

De là, au point de vue pratique, un grave inconvénient de l'action née d'un droit incertain, qui, joint à cet autre encore plus grave de l'action née d'un droit certain, que, dans cette action, le juge ne peut en aucune façon tenir compte du dol, non seulement du demandeur, mais encore du défendeur, devait solliciter la pratique à chercher un moyen d'y remédier.

Ce moyen fut, à mon avis, l'emploi de la *clausula doli*, à laquelle j'ai déjà fait allusion, et dont l'usage me paraît avoir eu sur le dévelop-

pement de la théorie romaine des actions, la plus profonde influence, et la plus féconde en résultats.

La *clausula doli* est une promesse, accessoire à une promesse principale, par laquelle le promettant s'engage à s'abstenir de tout dol, dans le présent et dans l'avenir : *dolum abesse abfuturumque esse*.

Il est manifeste que l'insertion d'une telle clause dans une promesse portant sur un *certum*, a d'abord pour résultat d'autoriser celui qui l'a reçue, à intenter l'action dérivant de cette promesse, par la formule : *aio... incertum*, etc. En effet, la stipulation, qui l'a fait créancier, n'a pas un objet unique, l'on ne peut dire que ce soit le *certum* qui est dû. Ce qui est dû, c'est à la fois que le promettant accomplisse la prestation promise, et de plus qu'il s'abstienne de tout dol. D'où il suit que l'objet de la dette n'est plus facilement appréciable en argent, n'est plus un *certum*. Intentée dans la même forme que l'action née d'un droit incertain, ou mieux véritablement fondée sur un droit incertain, notre action va donc d'abord produire les résultats, ci-dessus exposés, de toute action de ce genre, c'est-à-dire que l'arbitre pourra y appliquer le principe, déduit de l'équité, que le défendeur doit indemniser le demandeur du dommage qu'il lui a causé par dol ou faute (62).

Ce ne sont point là les seuls effets de notre clause. Elle a cet autre résultat de permettre à l'arbitre, saisi de l'action née de la promesse à laquelle elle est jointe, de tenir compte du dol du demandeur, dont, en dehors de cette clause, il ne s'occuperait point, le considérant comme étranger à l'action. En tant qu'elle est capable de produire cet important résultat, on comprend que la *clausula doli* puisse utilement accéder à une promesse portant sur un *incertum*.

Mais ce résultat, le produit-elle réellement? N'est-il pas contradictoire de rattacher à une promesse, par laquelle c'est le débiteur qui s'engage à s'abstenir de tout dol, la faculté pour l'arbitre de tenir compte

---

(62) On pourrait croire que, la *clausula doli* consistant dans une promesse de s'abstenir de tout dol, sans que le mot de faute soit même prononcé, l'arbitre ne pourra imposer au défendeur de réparer le dommage causé par négligence. Mais il importe de remarquer qu'il y a véritablement dol à refuser de réparer ce dommage. En conséquence, s'engager à s'abstenir de tout dol, c'est promettre implicitement de réparer le dommage causé par simple faute. — Au surplus, il est certain que la *clausula doli* de l'époque classique permet au juge de tenir compte, non-seulement du dol, mais encore de la faute du défendeur, puisqu'elle fait de l'action une véritable action de bonne foi. Je ne vois aucun motif de croire qu'elle n'eut pas de tout temps la même efficacité.

du dol du créancier ? — Je répondrai d'un mot : il est certain qu'à l'époque classique la *clausula doli* a cet effet (63) ; or il n'y a aucun motif, je l'ai déjà dit, pour ne pas admettre qu'elle ait eu de tout temps la même nature. Que cela soit parfait, je ne le dirai point : dans tous les cas, cela est.

Est-ce d'ailleurs tellement imparfait ? Je ne le crois pas. Qu'est-ce que la *clausula doli* ? c'est une promesse de s'abstenir de tout dol, d'agir en toute bonne foi, *ut inter bonos bene agier oportet*, dirai-je avec l'ancienne formule. Recevoir une telle promesse, c'est se réserver le droit d'agir pour peu que le promettant s'écarte de ce type de loyauté, de bonne foi, auquel il a promis de se conformer. L'équité ne réclame-t-elle pas impérieusement que celui qui se montre si exigeant à l'endroit d'autrui, commence par être lui-même sans reproche ? Les Romains le crurent, et j'ajoute qu'ils firent bien (64).

Que ce soit au surplus cette idée, ou quelque autre, qui amena l'arbitre à tenir compte, à cause de la *clausula doli*, du dol du demandeur, peu importe. L'essentiel pour nous, c'est que cette clause ait réellement eu cet effet. Or sur ce point, je le répète, le doute n'est pas permis.

Voilà donc les parties libres d'écarter, si cela leur plaît, le double inconvénient que les précédents progrès de la législation et de la pratique avaient laissé subsister. La *clausula doli* leur permet, dans le cas même où l'objet de la dette est un *certum*, d'user de la procédure réservée aux actions nées de droits incertains ; — elle leur permet d'attribuer dans tous les cas, je veux dire qu'il s'agisse de *certum* ou *d'incertum*, à l'arbitre le pouvoir d'appliquer, à côté des deux principes admis en matière d'actions incertaines, cet autre principe nouveau : le demandeur n'obtiendra ce que le défendeur lui doit en vertu des deux premiers principes, qu'en tant qu'il pourra l'obtenir sans dol.

Etant donné, ainsi que nous l'avons établi plus haut, que c'est ce dernier principe qui sert de caractéristique aux actions de bonne foi, nous pouvons dire qu'il est loisible aux parties, en insérant dans la promesse la *clausula doli*, de communiquer à l'action, qui résultera de cette promesse, le caractère d'action de bonne foi.

---

(63) Cela résulte de ce que nous avons déjà fait remarquer, savoir que la *clausula doli* fait, de l'action née de la promesse dans laquelle elle a été insérée, une véritable action de bonne foi.

(64) Une application remarquable de la même idée, qui vient à l'appui de notre doctrine, se trouve dans la règle bien connue, en vertu de laquelle l'exception de dol rend inutile l'insertion de la *replicatio doli*.

Qu'on le remarque, il ne s'agit pas ici d'une action de bonne foi, toujours identique à elle-même, produisant toujours les mêmes résultats, comme seront plus tard les actions *empti*, *locati*, *mandati*, etc. Ces dernières actions ne se donnent que dans des circonstances déterminées pour chacune d'elles. Il en est autrement de l'action qui nous occupe. La *clausula doli* pouvant accéder à toute espèce de promesse, quelles que soient les circonstances dans lesquelles cette promesse est faite, il est manifeste que notre action, à côté de certains résultats auxquels elle aboutira dans tous les cas, est susceptible de produire des résultats différents, selon que les circonstances l'exigeront. Il se peut en effet que, dans tel cas donné, il y ait dol de la part du demandeur à réclamer ce que, dans tel autre, il pourra obtenir sans difficulté. Par exemple, la promesse a-t-elle été faite dans l'intérêt exclusif du demandeur, celui-ci ne pourra sans dol exiger la réparation du dommage causé par la simple faute du défendeur, tandis qu'il n'encourra aucun reproche, s'il réclame cette réparation alors que la promesse intéresse également ou exclusivement le défendeur.

De la comparaison des différentes décisions judiciaires rendues par application du principe unique de la répression du dol du demandeur, et des solutions théoriques données à l'avance par les prudents pour les cas à venir, se dégagent peu à peu les six règles, citées plus haut, qui plus tard domineront toute la théorie des actions de bonne foi, les trois premières applicables dans tous les cas, les trois autres applicables alors que certaines circontances particulières se trouvent réunies.

L'importance de ces règles est extrême.

La première, en vertu de laquelle la condamnation ne peut jamais excéder l'importance du dommage réellement subi, et j'ajoute non encore réparé, a notamment pour conséquence (65) que l'action, née d'un acte muni de la *clausula doli*, intentée après une autre action, soit réipersécutoire, soit pénale, qui a en fait abouti à indemniser le

---

(65) La perte fortuite, ou survenue par le fait du débiteur, causant, en règle très générale, un dommage au créancier (il n'en serait autrement que si la perte était survenue dans des circonstances telles, qu'elle se fût également produite entre les mains du créancier, si la chose lui avait été livrée, — ce qui serait très difficile à prouver), il est clair que, à nous en tenir à cette première règle, le débiteur ne peut, en pareille hypothèse, se soustraire au paiement de la *res* (en tant du moins qu'elle n'excède pas l'importance du dommage subi). Nous verrons tout à l'heure comment, par suite d'une autre application du principe de la répression du dol du demandeur, le débiteur, mis par cas fortuit dans l'impossibilité d'exécuter en nature, put, dans certaines circonstances, échapper à toute condamnation.

demandeur du préjudice qu'il a éprouvé, ne peut aboutir à aucune condamnation, Le demandeur n'obtiendra pas même la *res*, — en quoi l'action qui nous occupe diffère de l'action simplement incertaine (66).

Je ne veux pas insister sur la portée pratique de la deuxième règle, en vertu de laquelle il est tenu compte, dans l'action de bonne foi, des pactes tendant à diminuer les obligations du débiteur. Qu'il me suffise de dire que c'est cette règle qui permit de tenir compte, dans ces contrats, de ce qu'on appelle la condition résolutoire.

La troisième, en vertu de laquelle le demandeur voit la condamnation diminuée, dans le cas où il a lui-même commis un dol, d'une valeur équivalente à l'importance du dommage qui en est résulté pour le défendeur, a cet effet remarquable que la promesse, accompagnée de *clausula doli*, doit être considérée, indépendamment de toute promesse réciproque, comme un acte synallagmatique imparfait. Cette promesse en effet, qui donne immédiatement naissance à une obligation à la charge de celui qui la fait, est susceptible de produire une obligation à

---

(66) Si nous supposons que l'action de bonne foi est exercée la première, j'estime que le défendeur, en prouvant l'existence, au profit du demandeur, d'une action pénale ou autre, par laquelle il lui est possible d'obtenir réparation, au moins partielle, du dommage, pourra se soustraire, entièrement ou pour partie, à la condamnation S'il est en effet certain que le dommage sera réparé, si le demandeur prend la peine d'exercer telle action, qui lui appartient, il n'y a pas de motif pour ne pas diminuer d'autant la condamnation de l'action de bonne foi.

Que si cependant le défendeur n'a pas su ou n'a pas voulu prouver l'existence d'une autre action du demandeur, ou si, cette preuve faite, il n'a pas pu prouver que la personne, contre laquelle elle peut être intentée, est solvable, l'action de bonne foi aboutira à la pleine réparation du dommage subi par le demandeur. Dans de telles circonstances, le fait que le demandeur aura été indemnisé de tout le préjudice éprouvé, ne l'empêchera pas de pouvoir exercer ensuite l'action pénale ou l'action réipersécutoire qui lui appartient. (Nous supposons, bien entendu, que la seconde action réipersécutoire n'est point de bonne foi).

Le même résultat fâcheux, que nous avons relevé en traitant du concours d'une action incertaine avec une autre action réipersécutoire ou avec une action pénale, se produit donc dans le cas de concours d'une action de bonne foi avec une autre action réipersécutoire ou avec une action pénale, — et même avec un degré de gravité de plus, car la différence des prestations imposées au défendeur, selon que le demandeur a commencé par l'une des actions en concours, ou par l'autre, est plus considérable, alors que l'une de ces actions est de bonne foi, que lorsqu'elle est incertaine.

Il est clair que, lorsque le débiteur, ainsi obligé de fournir plus que ce qu'il eût été obligé de payer si l'action de bonne foi avait été exercée la seconde, a contre le créancier une action incertaine ou de bonne foi se rattachant à la même opération, il peut en l'exerçant réclamer au créancier cet excédant.

la charge de celui qui la reçoit, l'obligation de réparer le dommage résultant de son dol, s'il se rend coupable de dol. Sans doute cette obligation ne sera pas sanctionnée par une action que le débiteur pourra exercer contre le créancier, par une action contraire; elle ne le sera qu'indirectement, à la condition que le créancier agisse lui-même. Mais elle n'en existera pas moins.

Une autre conséquence très importante de la règle, que nous étudions en ce moment, est que, dans certaines hypothèses, le débiteur dans l'impossibilité d'exécuter en nature la prestation promise, sans que cette impossibilité dérive de son dol, de sa faute ou de son fait, n'aura pas à fournir l'équivalent pécuniaire de cette prestation. Nous avons dit, à plusieurs reprises, qu'en général dans l'action réipersécutoire, le débiteur qui, pour une cause quelconque, n'exécute pas en nature, subit une condamnation pécuniaire. Il en est ainsi et dans l'action réipersécutoire certaine et dans l'action réipersécutoire incertaine, avec cette seule différence que, tandis que la première aboutit toujours à une condamnation pécuniaire égale à la *res*, dans la seconde, l'étendue de la condamnation pécuniaire varie avec les circonstances. La non-exécution en nature, en effet, tient-elle au dol ou à la faute du débiteur, l'*arbiter*, chargé de statuer sur l'action incertaine, comprend dans la condamnation, non pas seulement la valeur de la *res*, mais encore tout le dommage subi par le demandeur; — au lieu que, si cette non-exécution tient à un cas fortuit, ou au fait du débiteur exempt de dol et de faute, la condamnation se limite à la *res*. Nous répétons que la règle nouvelle, dont nous nous occupons, et qui est déduite du principe, propre à l'action de bonne foi, de la répression du dol du demandeur, permet à l'arbitre d'une telle action de ne prononcer aucune condamnation contre le débiteur qu'un cas fortuit a mis dans l'impossibilité d'exécuter en nature, — du moins dans certains cas.

Que l'on suppose en effet une obligation échue, soit qu'elle ait été contractée sans aucune espèce de terme, soit que le terme soit arrivé, la perte fortuite, qui se produit dans de telles circonstances, cause, il est vrai, en général, un dommage au créancier. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la perte se fût également produite entre les mains du créancier, si la chose lui avait été livrée. Il en sera rarement ainsi; du moins, il sera le plus souvent impossible de prouver que la perte se fût réalisée entre les mains du créancier. Mais si le créancier peut ainsi, le le plus souvent, prétendre que la perte lui cause un dommage, ne faut-il pas dire que le débiteur va être obligé de l'indemniser de ce dommage, jusqu'à concurrence au moins de l'importance de la *res*? Il le faudrait en effet, même dans l'action de bonne foi, ainsi que nous l'avons dit

plus haut (note 65), n'était la règle que le créancier doit au débiteur réparation du dommage que lui cause son dol.

Que ce principe puisse s'appliquer ici, c'est ce qui me paraît incontestable. Il s'agit en effet d'une dette échue, d'une dette dont le créancier aurait pu obtenir le paiement en nature, s'il s'y était pris plus tôt. Ce paiement, il ne l'a pas réclamé, et la perte est survenue. N'y a-t-il pas dol de sa part à réclamer au débiteur la valeur de la chose, de telle sorte que celui-ci ne sera libéré que moyennant un double déboursé, la chose d'une part, et de l'autre sa valeur, alors que, avec un peu moins de négligence, le créancier eût pu réclamer l'exécution, à un moment où elle était encore possible, ce qui eût permis au débiteur de se libérer moyennant un seul déboursé ? Sans doute le débiteur eût pu, indépendamment de toute poursuite, on peut même dire qu'il eût dû prendre l'initiative du payement. Mais quoi de plus naturel et de plus excusable que de n'avoir pas pris cette initiative ? et combien plus négligent a été le créancier, dont c'était l'intérêt de demander le payement ! Cette négligence devant avoir presque fatalement pour résultat d'endormir le débiteur dans une sécurité trompeuse, il faut que le créancier l'indemnise du dommage qui peut en résulter pour lui. Ce dommage étant, une fois la perte survenue, l'obligation de fournir la valeur de la chose, le créancier doit voir son action diminuée d'autant, c'est-à-dire réduite à rien.

La quatrième règle, en vertu de laquelle le demandeur, dans les cas où le contrat n'est pas dans l'intérêt exclusif du défendeur, doit, en plus de la réparation du dommage causé par son dol, et de la même manière, la réparation du dommage résultant de sa faute, — outre qu'elle vient accentuer, dans ces cas, le caractère synallagmatique de la promesse accompagnée de *clausula doli*, — forme, avec la troisième et la sixième, en vertu de laquelle le demandeur ne peut réclamer la réparation du dommage résultant de la faute du défendeur, dans les cas où celui-ci rend, en promettant, un service gratuit, tout une théorie des fautes, qui se maintiendra à l'époque classique.

La cinquième enfin, — en vertu de laquelle, dans les cas où la promesse ne lui a été faite qu'en vue d'une circonstance déterminée, le demandeur ne peut obtenir aucune condamnation, si cette circonstance fait défaut, — a cette conséquence que, lorsque deux promesses sont faites par les parties en vue l'une de l'autre, ces deux promesses, grâce à la *clausula doli* que nous supposons insérée dans chacune d'elles, forment en quelque sorte une seule opération juridique. L'une des deux obligations ne peut pas naître, ou du moins ne peut pas produire effet, si l'autre ne prend pas naissance; d'un autre côté, grâce aux règles

3, 4 et 6, les deux obligations restent dans une mutuelle dépendance. Ce n'est point là encore, si l'on veut, l'acte synallagmatique dans toute sa perfection, puisque ce sont toujours deux actes distincts, deux promesses différentes qui servent à créer les deux obligations. Dans tous les cas, nous avons là quelque chose qui s'en rapproche infiniment, et le progrès qui reste à accomplir pour arriver à l'acte synallagmatique proprement dit, n'est plus guère qu'une question de mots.

Il importe de remarquer que, étant donné deux promesses corrélatives, les Romains considèrent bien que chacune n'a été contractée qu'en vue de la naissance de l'autre obligation, de telle sorte que si celle-ci ne naît point, la première promesse ne doit produire aucun effet. Mais ils n'admettent point que chacune des promesses soit faite en vue de l'exécution de l'autre. La circonstance qu'une obligation, ayant eu une véritable existence, n'est pas exécutée, ne suffit donc pas à autoriser le débiteur tenu de l'obligation corrélative, à se soustraire à l'exécution de cette obligation.

De là il suit immédiatement que, dans l'hypothèse, que nous avons précédemment étudiée, où la non-exécution d'une obligation échue est provoquée par un cas fortuit postérieur à l'échéance, — hypothèse où nous avons vu que le créancier ne peut demander l'exécution par équivalent pécuniaire, — ce créancier ne peut se soustraire à l'exécution de la promesse corrélative qu'il a faite, quand même cette promesse aurait été accompagnée de *clausula doli*. Si la dette en effet, dont l'objet a péri par cas fortuit, ne peut être exécutée en nature, si même, pour les motifs que nous avons dits, elle n'a pas à être exécutée par équivalent pécuniaire, il est clair que, la perte n'étant survenue qu'après l'arrivée du terme, cette dette a réellement existé à un certain moment. Le créancier par conséquent, contre lequel est exercée une action de bonne foi en exécution de la promesse qu'il a faite, ne pourrait alléguer, pour se soustraire à l'obligation de l'exécuter, que la non-exécution de l'obligation corrélative : or nous venons de dire que cette non-exécution est insuffisante à produire ce résultat.

Au nombre des cas d'application de la règle, d'après laquelle une obligation ne saurait aboutir à une condamnation, lorsque l'obligation corrélative n'a pas pris naissance, il faut au contraire ranger le cas où la perte fortuite est survenue avant l'échéance du terme fixé pour l'exécution. L'obligation à terme a une nature facile à méconnaître. On est assez tenté, lorsqu'il s'agit d'un terme proprement dit, de dire que cette obligation a, dès avant l'arrivée du terme, une existence certaine. Au fond, cette manière de parler est inexacte : pour être tout à fait précis, il faut dire qu'il est certain que l'obligation, qui n'a pas encore

d'existence, existera un jour. Encore faut-il ajouter qu'il n'en sera ainsi que si, au moment de l'arrivée du terme, elle est susceptible de prendre naissance, qu'elle ne prendra pas naissance si, à l'échéance du terme, l'une des conditions essentielles à la naissance de l'obligation fait défaut. Si telle est la véritable théorie de l'obligation à terme, il est clair que la perte, soit fortuite, soit même arrivée par le fait du débiteur, avant l'échéance du terme, empêchera, le terme arrivé, l'obligation de naître. Du même coup, l'obligation corrélative ne produira aucun effet, car la personne tenue de cette obligation alléguera victorieusement que l'obligation, en vue de laquelle elle a consenti à se lier, n'a pas eu d'existence.

Cette théorie, acceptable en elle-même, est-elle celle du droit romain? Je le crois. Elle me paraît expliquer d'une manière plausible diverses décisions de la jurisprudence romaine, que l'on est en général fort embarrassé de ramener à un principe unique. Je veux parler d'abord des décisions relatives aux risques dans la vente conditionnelle : y a-t-il eu perte totale avant l'arrivée de la condition, ni le vendeur n'est tenu d'aucune obligation, ni l'acheteur. Que cette décision doive s'expliquer de la manière que nous avons dite, c'est ce qui est communément admis. Ce que l'on contestera, c'est que le même raisonnement puisse s'appliquer, alors qu'au lieu d'une condition, il s'agit d'un terme. Cependant ce n'est guère qu'en l'étendant au cas où il s'agit d'un terme, que l'on peut expliquer les règles des risques dans le contrat de louage de chose, et aussi la fameuse loi 33. *locati*, en tant que celle-ci statue sur une vente.

Le contrat de louage de chose met à la charge du *locator* notamment l'obligation de faire jouir le *conductor*. Cette obligation présente le caractère de n'être susceptible d'exécution en nature que d'une manière successive. Etant donné en général qu'une obligation, qui n'est susceptible d'exécution en nature qu'à une époque donnée, doit être considérée comme affectée d'un terme tacite, il faut nécessairement dire que l'obligation du *locator* se décompose en une série d'obligations distinctes, affectées de termes tacites de durées diverses. Cela posé, il est clair qu'en appliquant notre théorie de la perte survenue avant l'échéance du terme, si la chose louée vient à périr pendant la durée du bail, nous devons décider que l'obligation de faire jouir ne prend pas naissance pour l'avenir, — et que d'autre part, à raison même de cette circonstance, les obligations corrélatives du *conductor* doivent, dans la mesure où elles sont corrélatives à ces obligations successives du *locator* qui n'ont pas pris naissance, être dénuées de tout effet. — Or c'est précisément là la règle admise à Rome.

La loi 33, D., *locati*, XIX, 2, qui a causé tant de soucis aux interprètes, s'explique très facilement aussi avec notre manière de voir, si l'on veut bien admettre qu'il s'agit, dans ce texte, d'une perte de la chose vendue survenue avant l'échéance du terme fixé pour la tradition. Or je crois que c'est bien là l'hypothèse du texte. Je n'en veux pour preuve que le rapprochement qu'il fait du cas de vente avec le cas de louage. En tant qu'il parle de perte survenue pendant le bail, il se réfère forcément, d'après ce que nous avons dit il n'y a qu'un instant, à des obligations non échues; il faut que, parlant de vente, il se réfère également à une obligation non encore échue, autrement le rapprochement fait par le jurisconsulte, n'aurait aucune signification.

Ces raisons me paraissent suffisantes pour justifier la théorie que j'ai admise. — Je sais bien que le fait d'agir en justice avant le terme, ou avant l'arrivée de la condition, n'a pas les mêmes conséquences, en ce sens que l'action, qui a forcément échoué dans l'un et l'autre cas, ne peut pas être renouvelée une fois le terme arrivé, tandis qu'elle peut l'être après la réalisation de la condition. D'où il semble qu'il y ait, entre l'obligation à terme et l'obligation sous condition, une différence plus tranchée que celle que je suis disposé à y voir. Je ne puis examiner ici cette difficulté; je ne pourrais le faire sans anticiper sur des explications qui trouveront leur place plus loin. Je reviendrai sur cette difficulté : on verra qu'elle est sans portée.

Avant de quitter cette règle, en vertu de laquelle le défendeur à une action née d'un acte muni de la *clausula doli*, peut se soustraire à l'exécution quand il n'a consenti à s'engager qu'en vue d'une circonstance, d'une *causa*, qui fait défaut, je dois faire observer que, si l'exécution a eu lieu, le défendeur n'a en général aucun moyen de revenir sur cette exécution, quand même il ne se serait décidé à exécuter qu'en considération de la même *causa*, qui l'a déterminé à contracter. Il n'y a point encore, à cette époque, d'action spéciale servant à répéter ce qui a été fourni sans cause. Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si ce fait ce débiteur, qui a ainsi exécuté *sine causa*, a contre son créancier une action incertaine ou de bonne foi se rattachant à la même opération, j'estime qu'il pourra, en exerçant cette action, qui permet de réprimer le dol du défendeur, obtenir la restitution de ce qu'il a fourni : il y aurait dol en effet de la part de ce défendeur à retenir ce que régulièrement son débiteur eût pu refuser de lui fournir.

L'œuvre de la jurisprudence ne se borna pas à tirer, du principe de la répression du dol du demandeur, les six grandes règles, que nous venons de passer en revue ; elle se préoccupa encore de l'application de ces règles aux diverses opérations du commerce juridique. Il est aisé de compren-

dre que ces six règles doivent, dans leur application à ces diverses opérations, en raison de la diversité des circonstances, produire des résultats différents. Les prudents s'attachèrent à dresser le tableau de ces résultats, non point pour toutes les hypothèses possibles, ce qui serait sans doute le dernier degré de la précision, mais, comme il ne saurait être question d'y atteindre, pour les opérations les plus importantes et les plus fréquentes. Nous avons vu que, dès longtemps, ces opérations avaient très probablement reçu des noms spéciaux, sans que d'ailleurs il résultât de là pour elles une existence propre, une individualité juridique. Ces dénominations n'avaient aucune valeur technique. Elles servaient sans doute à indiquer le but que les parties avaient voulu atteindre en contractant, et, comme telles, devaient être d'un grand usage dans le langage courant, car il est manifeste que l'on ne promet pas pour promettre, on promet pour réaliser une vente, un louage, un mandat, etc. Mais, comme l'action était soumise aux mêmes règles, quel que fût le but que les parties se fussent proposé d'atteindre, peu importait, au point de vue technique et pratique, de savoir si telle opération était réellement une vente, un louage, un mandat, etc. De là sans doute peu de précision dans la détermination des caractères de ces différentes opérations.

Désormais il en sera tout autrement. Du moment que les résultats de l'action diffèrent, selon que l'opération des parties constitue une vente, ou un louage, ou telle autre opération réglée à l'avance par les prudents, il est d'un grand intérêt de pouvoir discerner, dans chaque cas particulier, si l'on est en présence d'une vente ou d'un louage, etc. De là la nécessité de définitions précises de ces différents termes; dans telles et telles circonstances, il y aura vente; dans telles autres, louage, etc. Il est vrai que la réalisation de ces circonstances ne suffira pas par elle-même à donner naissance à une action. En fait de sources d'obligations, abstraction faite de la *nexi obligatio,* il n'y a toujours que la stipulation. C'est ainsi que, par exemple, le consentement des parties à ce que l'une soit tenue de faire jouir l'autre d'une chose déterminée, et celle-ci de payer un loyer, bien que ces circonstances soient celles mêmes que l'on désigne sous le nom de louage, ne permettra ni à l'une de réclamer la jouissance de la chose, ni à l'autre de demander en justice le paiement du loyer, si ce consentement n'a pas été revêtu des formes de la stipulation. En ce sens, il est vrai de dire que la vente, le louage, et toutes les autres opérations spécialement prévues par les prudents ne constituent pas des contrats distincts. Mais, si elles n'ont pas à ce titre une existence propre, on ne peut s'empêcher de leur reconnaître une véritable individualité juridique, à raison des effets spéciaux qu'elles

produisent, et de les considérer, à cet autre point de vue, comme constituant autant de contrats distincts. Pour exprimer, en deux mots, cette phase particulière du développement de la théorie des actions, on peut dire que, si, au point de vue formel, il n'y a qu'un seul contrat, la stipulation, au point de vue matériel, au point de vue des éléments de fond, en tant du moins que la *clausula doli* permet de tenir compte de ces éléments, il y a autant de contrats que d'opérations juridiques prévues et réglementées par les prudents.

La même antithèse se retrouve si, du contrat, nous passons à l'action qui en résulte. Il n'y a toujours qu'une seule action, en ce sens qu'elle résulte toujours exclusivement de la stipulation, alors même que la *clausula doli* communique à cette action le caractère d'action de bonne foi. Mais cette action produit des résulats différents, selon que la stipulation, dont elle est issue, a été employée pour réaliser une vente, ou un louage, etc. A ce point de vue, on peut sans inexactitude dire qu'il y a autant d'actions de bonne foi que d'opérations juridiques spécialement réglementées, et, pour les distinguer les unes des autres, leur donner le nom même de ces opérations : actions *empti*, *locati*, etc.

Nous verrons plus loin comment, de cet état, la théorie des contrats et des actions de bonne foi passa à l'état, dans lequel elle nous apparaît à l'époque classique. Nous n'avons plus ici que quelques mots à dire de la terminologie romaine relative à l'action née d'une stipulation accompagnée de *clausula doli*, et de la procédure employée pour cette action.

Pour commencer par ce dernier point, nous avons à peine besoin de faire remarquer que la procédure ordinaire des actions nées de droits incertains ne pouvait lui être appliquée sans modifications : il fallait que l'arbitre, qui allait avoir à tenir compte d'un nouveau principe, celui de la répression du dol du demandeur, fût averti de cette circonstance, et du rôle particulier qu'il allait avoir à jouer. Il est probable que, comme toujours, cet avertissement lui était donné dans les paroles prononcées *in jure* par les parties. Quelles étaient ces paroles ? Peut-être tout simplement celles-ci : *aio te mihi incertum dare facere oportere ex fide bona*. Ce sont ces trois derniers mots qui, à l'époque classique, dans la plupart des actions de bonne foi (67), investissent le juge des pouvoirs spéciaux dont il jouit dans ces actions. Sans prétendre qu'ils aient été employés de prime abord (68), ni qu'ils aient été d'un

(67) Il est des cas où ils sont remplacés par ceux-ci : *ut inter bonos bene agier oportet*, — ou : *quod æquius melius* (Cicéron, *de Off.*, III, 15. — *Topic.*, 17).

(68) La formule : *ut inter bonos bene agier oportet*, a un cachet d'antiquité, dont on pourrait être tenté de conclure qu'elle fut primitivement seule en usage.

usage exclusif, il est permis de supposer qu'ils servirent dès l'époque dont nous parlons.

Lorsque la doctrine eut déterminé les conséquences que devrait produire l'application des règles déduites du principe de la répression du dol du demandeur, aux opérations les plus fréquentes et les plus importantes du commerce juridique, et que ces opérations eurent, sous des noms distincts, acquis une individualité juridique propre, on prit peut-être l'habitude d'introduire, dans cette formule, la mention, non de l'objet dû, mais de la cause de l'obligation. Par exemple, alors que se trouvaient réunies les circonstances considérées par la jurisprudence comme constituant une vente, il se peut que l'on ait dit à peu près : *aio me de te ex stipulatu emisse, et ideo te mihi incertum dare facere oportere ex fide bona.* Cette affirmation du demandeur étant suivie de l'aveu du défendeur, le demandeur aurait continué en ces termes : *quod ego de te ex stipulatu emi, et ideo te mihi incertum dare facere oportet ex fide bona, te, prætor, arbitrum postulo uti des.* C'est de cette manière que j'explique que la cause de l'obligation soit indiquée par le mot : *emi*, dans le fragment de formule rapporté par Gaius, IV, 59, fragment qui, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, est emprunté à la procédure des *legis actiones*. Ce fragment, il est vrai, contient aussi l'indication de l'objet réclamé par le demandeur, *hominem Erotem*. Une telle indication ne fut, je crois, jamais admise à l'époque des *legis actiones*, car c'eût été rendre impossible l'aveu du défendeur. Si cependant l'objet se trouve indiqué dans la formule relatée par Gaius, c'est qu'à son époque, ainsi que nous le verrons plus loin, l'usage s'était introduit de mentionner l'objet dans la *demonstratio* des actions de bonne foi. Par une légère inadvertance, il attribue le même degré de précision à la partie correspondante de la formule, jadis prononcée par le demandeur *ex empto,* dans la procédure des *legis actiones*.

J'ai annoncé une remarque sur la terminologie romaine relative aux actions nées de stipulations accompagnées de la *clausula doli*. Je crois en effet devoir attirer l'attention sur ce fait, que ces actions sont, dans les textes, qualifiées de réipersécutoires.

Il est vrai que les textes, auxquels je fais allusion, ne s'appliquent pas précisément à l'action de bonne foi dans cette première phase de son développement, dans laquelle nous l'envisageons en ce moment. Ils se rapportent à l'action de bonne foi, telle qu'elle se comportera lorsque, à la suite de l'abrogation des *legis actiones*, elle aura pris la physionomie qu'elle conservera pendant toute la période formulaire. Mais les changements qu'elle subit pour revêtir cette physionomie n'eurent aucune influence sur la nature même de cette action. Ils furent exclusi-

vement relatifs aux circonstances considérées comme suffisantes à lui donner naissance, ainsi que nous le verrons en temps et lieu. Par conséquent toutes les décisions, qui ont trait à la nature et aux effets de l'action de bonne foi de l'époque ultérieure, peuvent et doivent être considérées comme applicables à l'action de bonne foi envisagée, comme nous le faisons en ce moment, dans la première phase de son développement.

C'est ainsi que, les textes de l'époque classique qualifiant de réipersécutoire l'action de bonne foi du temps, nous pouvons sans hésitation admettre que cette même dénomination était appliquée à l'action dont nous parlons ici, à l'action née d'une stipulation accompagnée de *clausula doli*, avant la disparition des *legis actiones*.

Cette qualification lui convient sans doute, si l'on veut exprimer par là que notre action applique (concurremment avec d'autres principes) le principe *cuique suum*. Mais elle est fausse, si l'on veut, prenant le mot réipersécutoire dans son sens primitif, exprimer par là, d'une manière complète, le fondement et les effets de cette action. D'une part, en effet, comme toute action incertaine, cette action applique le principe de la répression du dol du défendeur ; — d'autre part, elle applique encore, ce que ne peut faire l'action incertaine ordinaire, le principe de la répression du dol du demandeur. Si la qualification de réipersécutoire présente une certaine inexactitude, en tant qu'elle est appliquée à l'action incertaine, par ce motif que dans cette action il est tenu compte, à côté du principe *cuique suum*, d'un autre principe encore, l'inexactitude est manifestement bien plus grande, lorsque cette dénomination est appliquée à l'action de bonne foi, qui, en plus de ce même principe *cuique suum*, auquel correspond le mot réipersécutoire, applique, non point un seul, mais deux autres principes différents.

Je n'insisterais pas davantage sur ce point, si je ne prévoyais la possibilité d'une confusion. Etant donné en effet que l'action de bonne foi aboutit à la réparation intégrale du préjudice causé par le dol ou la faute du débiteur, que d'autre part elle ne peut dépasser l'importance du dommage subi par le créancier, on pourrait croire que cette action est en réalité fondée, non point sur trois principes différents, ainsi que nous le voulons, mais sur un seul, celui de la réparation du dommage causé par le dol ou la faute du débiteur.

Ce serait là une erreur. Ce principe unique rendrait compte, il est vrai, de l'obligation où se trouve le défendeur à une telle action de fournir, même au-delà de la *res*, la réparation du dommage qu'il a par dol ou faute infligé au demandeur. Il expliquerait encore fort bien que le défendeur ne puisse, en aucune hypothèse, obtenir plus que la répa-

ration du dommage éprouvé. Mais il conduirait nécessairement à décider que le défendeur serait déchargé de toute obligation, lorsqu'il se trouverait exempt de dol ou de faute. Or il n'en est rien. Qu'en pareille circonstance le demandeur ait en fait éprouvé un dommage, le défendeur sera tenu de le réparer, non point, il est vrai, intégralement quelle qu'en soit l'importance, mais du moins jusqu'à concurrence de la *res*, je veux dire de la valeur de la prestation promise. Il est manifeste que cette obligation ne peut être rattachée qu'au principe *cuique suum* (68 bis). L'action de bonne foi, à côté du principe de la réparation du dommage causé par le dol ou la faute du défendeur, continue donc d'appliquer le principe *cuique suum*, atténué d'ailleurs, dans son application, par le principe nouveau que le demandeur ne peut obtenir que ce qu'il peut réclamer, ou persister à réclamer, sans dol.

(68 bis) La circonstance que le défendeur peut, dans le cas de perte fortuite, se soustraire à cette obligation, n'est point contraire à ce qui est dit au texte. Cette circonstance, en effet, ne résulte pas de ce que le défendeur ne serait pas obligé de fournir la *res*, mais bien de ce que le demandeur ne peut, sans dol, se prévaloir du droit, qui lui appartient, de réclamer cette *res*.

CHAPITRE III

ABROGATION DES LEGIS ACTIONES ; SON INFLUENCE SUR LA THÉORIE DES ACTIONS

Les *legis actiones* furent abrogées, du moins en partie (69), par la loi Ébutia et par deux lois Julia. On discute sur la date de la première de ces lois. Chacune des années 520, 577 et 583 nous présente un tribun Ébutius. Le doute ne peut guère subsister qu'entre les deux dates de 577 et 583, si l'on admet que les lois Silia et Calpurnia, qui créèrent la *legis actio per condictionem*, ne remontent qu'aux années 510 et 520. C'est en effet la loi Ébutia qui supprima cette *legis actio*, nous le verrons tout à l'heure. Or il serait au moins fort singulier qu'elle eût été imaginée pour être presque aussitôt mise de côté.

Quant aux lois Julia, on ne sait trop s'il faut les attribuer toutes les deux à Auguste, ou si l'une des deux au moins ne remonte pas à César. La question ne présente, que je sache, aucune importance ; nous ne nous y arrêterons donc pas.

Nous verrons, dans un premier article, quels furent les effets propres de la loi Ébutia d'une part, des lois Julia d'autre part. Dans un second, nous étudierons les modifications que ces innovations apportèrent à la théorie des actions.

ARTICLE I

L'ŒUVRE DE LA LOI ÆBUTIA ET DES LOIS JULIA

Aulu-Gelle, en nous disant (XVI, 10) que la loi Ébutia laissa subsister l'ancienne procédure dans les causes soumises aux centumvirs, nous fournit, sur l'œuvre de cette loi, une indication précieuse, à condition

(69) Je dis : du moins en partie, car, postérieurement à ces trois lois, nous voyons la *legis actio sacramenti* encore en usage dans certaines hypothèses spéciales (Gaius, IV, 95).

de compléter le texte, en ajoutant aux *causæ centumvirales*, les *causæ decemvirales*, dans lesquelles le *sacramentum* se maintint également, comme le prouvent certains passages de Cicéron (*pro domo*, 29 ; — *pro Cæcina*, 33). Reste à savoir quelles étaient les causes soumises aux centumvirs et aux décemvirs. Or, s'il n'est pas facile de déterminer quelles causes étaient de la compétence des centumvirs, quelles autres étaient réservées aux décemvirs, rien de plus aisé que de découvrir lesquelles étaient certainement du ressort des uns ou des autres.

Nous avons vu qu'à l'origine, après l'accomplissement *in jure* de la *legis actio sacramenti*, l'affaire était toujours portée devant les décemvirs. Toute action passant par le *sacramentum*, on peut dire que les Xviri avaient une compétence absolument générale.

L'usage de la formule : *aio.... incertum*, etc., en matière d'actions nées de droits incertains, vint, sans toucher aux principes, restreindre considérablement en fait cette compétence. Toute action devait, sans doute, comme par le passé, être intentée par la *legis actio sacramenti*, et, comme telle, restait en théorie de la compétence des Xviri. Mais en fait, l'aveu du demandeur permettant d'écarter la *provocatio sacramenti*, l'affaire passait directement à un arbitre, cumulant avec ses fonctions d'arbitre, celles de juge. — La loi Silia vint apporter une nouvelle limitation à la compétence des Xviri : désormais ils ne connaîtront plus des actions personnelles *rei persecutoriæ*, nées de droits ayant pour objet *certa pecunia*. — Que leur reste-t-il ? les actions réelles, les actions d'état, si tant est qu'elles se distinguent des précédentes, les actions pénales, et les actions personnelles *rei persecutoriæ*, nées de droits ayant un objet certain autre que de l'argent.

C'est encore là sans doute une compétence fort étendue. Aussi n'y a-t-il rien d'étonnant que les Romains aient cru devoir en attribuer une partie à un nouveau tribunal, celui des centumvirs. Je ne me charge pas de dire de quelle manière se fit le partage, et quelles actions furent enlevées aux Xviri, pour former le domaine propre des Cviri. Ce qui nous intéresse, c'est de savoir quelles actions étaient, à l'époque de la loi Æbutia, de la compétence soit des uns, soit des autres. Or, les centumvirs n'ayant pu être institués au plus tôt qu'en l'année 513, c'est-à-dire à un moment où les Xviri avaient déjà été dépouillés par l'usage de la connaissance des actions personnelles *rei persecutoriæ*, nées de droits incertains, et par la loi Silia (de l'an 510), de la connaissance des actions personnelles *rei persecutoriæ*, nées de droits ayant pour objet *certa pecunia*, — d'autre part, la loi Calpurnia (de l'an 520) ayant très certainement étendu aux actions personnelles *rei persecutoriæ* nées de droits ayant pour objet une *certa res* autre que de l'ar-

gent, la procédure créée par la loi Silia, c'est-à-dire ayant attribué le jugement de ces affaires à un juge unique, — les actions qui, au moment de la loi Æbutia, étaient de la compétence des collèges permanents, Cviri ou Xviri, étaient les actions réelles, les actions d'état, et les actions pénales.

La loi Æbutia, n'ayant point touché à ces actions, se borna donc à modifier la procédure des actions personnelles *rei persecutoriæ*, jusque-là intentées, lorsqu'elles dérivaient de droits incertains, par la formule : *aio.... incertum*, etc., pour être ensuite soumises à un arbitre, et, lorsqu'elles dérivaient de droits certains, au moyen de la *legis actio per condictionem*, pour être ensuite soumises à un juge-arbitre.

En quoi consista cette modification? Très probablement en ce que dorénavant le préteur put nommer l'arbitre ou le juge, sans que les parties fussent obligées de prononcer les paroles solennelles qui leur étaient jusque-là imposées. Elles exposeront leurs prétentions au préteur dans un langage quelconque, comme elles le pouvaient sans doute à toute époque; mais, cet exposé fait, elles n'auront pas besoin d'enfermer leurs allégations dans les formules sacramentelles, auxquelles elles devaient précédemment recourir. Le préteur, les tenant pour prononcées, nommera directement le juge ou l'arbitre, qui devra statuer sur l'action.

Ce juge cependant, ou cet arbitre, comment sera-t-il informé du rôle qu'il est appelé à jouer? Il ne peut plus être question pour lui de chercher des indications dans le récit de ce que les parties ont accompli *in jure*. Car à quoi les parties se sont-elles livrées *in jure?* à un débat peut-être confus, à une série d'allégations contradictoires, d'où, simple particulier, sans connaissances juridiques spéciales, il ne saurait la plupart du temps dégager la véritable question litigieuse (70). Il importe que ce travail lui soit évité, que cette question lui soit nettement indiquée, que son rôle, en un mot, lui soit tracé avec une précision assez grande pour qu'il puisse le remplir, sans avoir pour cela besoin d'être jurisconsulte. C'est le préteur qui se charge de ce soin. Il compose, à l'usage du juge ou de l'arbitre, une sorte d'instruction, dans laquelle il pose nettement la question litigieuse, et lui indique le rôle qu'il va avoir à jouer. Cette instruction, c'est la *formule*.

On a dit que l'usage des formules fut sans doute antérieur à la loi

---

(70) Les complications de ce débat sont nettement exposées par Cicéron (*Orat. partit.*, c. 28).

Ebutia, que cette loi ne fit que généraliser un système qu'elle trouva existant. Je crois qu'il n'en est rien.

Que l'on me comprenne bien : il se peut qu'antérieurement à la loi Ebutia, le préteur, les formalités de la *legis actio* accomplies, consignât par écrit les paroles solennelles prononcées *in jure* par les parties. Ce n'est point ce que j'ai l'intention de nier. Si donc on donne à cet écrit, le nom de formule, j'accorde qu'il y avait peut-être des formules avant la loi Ebutia. Mais que contenait cet écrit ? Les paroles prononcées *in jure* par les parties, c'est-à-dire des : *verba verbis legis accomodata*. Ce qui caractérise au contraire la formule proprement dite, c'est, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, que le préteur peut la rédiger en des termes quelconques. Qu'antérieurement à la loi Ebutia, un juge ait pu être nommé au moyen d'une formule de ce genre, c'est là ce que j'entends nier.

C'est là cependant ce que l'on a essayé de soutenir. Mais les deux arguments, sur lesquels s'appuie cette opinion, sont dénués de toute valeur.

Le premier, qui consiste à dire que les pérégrins ne pouvaient se servir de la procédure des *legis actiones*, qu'en conséquence une procédure spéciale, la procédure formulaire, devait avoir été créée pour eux, n'a aucune portée, car précisément nous trouvons dans les textes la preuve que les pérégrins pouvaient *lege agere*. Voy. Gaius, IV, 31. Peut-être n'était-ce point de la même manière que les citoyens, peut-être était-ce en leur attribuant fictivement la qualité de citoyens, comme l'indique Gaius, IV, 37 ; mais peu importe : l'essentiel, c'est qu'ils pouvaient *lege agere*.

Pour second argument, on allègue que, antérieurement à la loi Ebutia, existaient déjà certaines actions honoraires, notamment les actions édilitiennes en matière de vente. Or, dit-on, ces actions, sans aucun doute, ne pouvaient se plier à la procédure des *legis actiones*, puisque dans toute *legis actio* se trouvent des formules adaptées à la loi, et que ces actions n'avaient aucun fondement dans la loi. On en conclut qu'elles devaient être soumises à une autre procédure, à la procédure formulaire. — Cet argument repose sur une allégation gratuite. Rien n'est moins prouvé que l'existence d'actions honoraires à l'époque des *legis actiones*. Les textes de Plaute que l'on invoque en ce sens (*Captivi*, IV, 2, v. 44, — *Mostellaria*, III, 784, 785, — *Miles Gloriosus*, III, 727, — *Rudens*, II, 379), sont loin d'être probants. Ce fondement manquant, tout le système s'écroule.

Je ne m'y arrêterais donc pas davantage, si je n'y trouvais une idée exacte, sur laquelle je n'ai pas encore insisté, savoir que la procédure des

legis actiones. supposant des formules strictement adaptées aux termes de la loi, ne pouvait évidemment s'appliquer qu'à des actions au moins implicitement créées par la loi elle-même (71). La conséquence logique d'un tel principe, et cette conséquence, je le remarque incidemment, semble avoir échappé aux auteurs du système que je viens de combattre, c'est, non point seulement que de nouvelles actions n'auraient pu se produire que dans une procédure différente, mais bien qu'aucune action nouvelle ne pouvait se produire, ni dans cette procédure des *legis actiones*, ni dans aucune autre. En effet l'existence même d'un tel principe prouve qu'à l'origine, la procédure des *legis actiones* devait exister seule. On ne comprendrait pas que les Romains eussent établi une procédure strictement adaptée à la loi, et en même temps, de prime abord, reconnu au magistrat le droit de créer à sa guise des actions sans fondement dans la loi. C'eût été détruire d'une main ce qu'ils établissaient de l'autre. Mais, s'il est vrai que le magistrat n'avait pas, à l'origine, le droit de créer de nouvelles actions, s'il est vrai par conséquent qu'à l'origine, le juge, l'arbitre, les collèges permanents n'étaient jamais saisis que d'actions intentées au moyen de formules copiées de la loi, je demande comment, à défaut d'un texte législatif lui conférant expressément ce pouvoir, le magistrat aurait pu arriver à créer de nouvelles actions. Cela ne lui aurait pas été possible. Comment veut-on que, dans une législation dominée par le principe qu'aucun *judicium* ne peut être organisé qu'à la suite de formules prononcées par les parties, et rigoureusement adaptées à la loi, le magistrat ait pu se permettre de charger un juge de statuer, sans qu'aucune pareille formule ait été prononcée? Il y a là une véritable impossibilité que toute l'audace du magistrat, du préteur, et l'on sait qu'il n'en déployait guère pour modifier ouvertement la loi, n'eût pas suffi à vaincre.

La conclusion, à laquelle j'aboutis et qui peut se formuler ainsi: point d'actions honoraires, tant que les *legis actiones* subsistèrent, se trouve d'ailleurs singulièrement corroborée par ces deux faits: d'une part que l'on éprouva le besoin de supprimer les *legis actiones*, besoin qui ne se serait évidemment pas fait sentir, si le préteur avait pu créer, à côté des actions civiles, d'autres actions qu'il aurait pu façonner à sa guise; — et d'autre part que, pendant toute la durée des *legis actiones*,

---

(71) Je dis : implicitement, car il est manifeste que l'on pouvait créer des actions par application de termes de la loi, contenant implicitement un ordre ou une défense, et que l'on n'avait pas encore appliqués.

il ne publia pas d'édit, ce qu'il aurait fait bien certainement, s'il avait pu créer de nouvelles actions, pour les porter à la connaissance du public.

La loi Ælutia ne trouva donc pas établi l'usage des formules. J'ajoute qu'elle ne les créa pas. Ici encore que l'on me comprenne bien. Je n'ai pas précisément l'intention de nier que les formules aient été employées dès le moment où la loi Ælutia fut rendue. Ce que je veux dire, c'est que, décidant que l'arbitre ou le juge pourrait dorénavant être nommé, du moins dans certains cas, sans que les parties dussent au préalable accomplir les rites de la *legis actio*, elle ne chargea sans doute pas le préteur de rédiger une formule pour éclairer ce juge ou cet arbitre. Dans tous les cas, si elle imposa cette obligation au préteur, il est certain qu'elle ne se préoccupa pas de la rédaction des formules que le préteur aurait à rendre, qu'elle n'en arrêta pas les termes. Car de là il fût résulté que le préteur, après la loi Ælutia, comme avant, se fût vu dans l'impossibilité de créer aucune action nouvelle. Or nous voyons tout au contraire, dans la période qui suit la loi Ælutia, le préteur publier un édit, et créer des actions sans fondement dans la loi. Pour moi, je croirais volontiers que la loi Ælutia ne s'était aucunement préoccupée des formules, qu'elle s'était bornée à décider que désormais le juge ou l'arbitre pourrait être nommé, encore bien que les formalités de l'*arbitri postulatio* ou de la *condictio* n'eussent pas été accomplies. Si le préteur, sans y être tenu, délivra des formules, ce fut poussé par la nécessité : c'était le seul moyen de rendre possible au juge et à l'arbitre l'accomplissement de leur tâche.

En décidant que le préteur pourrait procéder à l'organisation d'un *arbitrium* ou d'un *judicium*, nonobstant le non-accomplissement des formalités de l'*arbitri postulatio* ou de la *condictio*, les auteurs de la loi Ælutia n'avaient certainement pas entendu permettre au préteur de charger un juge ou un arbitre de trancher telle question, qu'il lui plairait de leur poser, de prononcer des condamnations dans des cas non prévus par la loi. Ils ne se doutèrent même pas que de telles conséquences pourraient être un jour tirées de leur loi. Ce qui le prouve, c'est que, supprimant les formalités de l'*arbitri postulatio* (en tant qu'elle sert à introduire certaines actions), et de la *condictio*, ils laissèrent subsister le *sacramentum*. S'ils se fussent rendu compte de la véritable portée de leur loi, ils eussent sans doute prévu que le préteur finirait, comme il arriva, par nommer directement un juge pour connaître des actions mêmes pour lesquelles ils entendaient que le *sacramentum* resterait en usage. Ils eussent prévu que la nouvelle procédure tendrait de plus en plus à supplanter le *sacramentum*, et cette prévision les eût amenés à supprimer eux-mêmes cette *legis actio*, ou à

prendre des mesures pour que le maintien ne pût en être rendu illusoire. Ils ne prirent ni l'un, ni l'autre parti, ce qui permet d'affirmer que, dans leur esprit, toute la portée de la loi se bornait à ce qu'elle décidait expressément, c'est-à-dire à permettre au préteur d'organiser un *judicium* ou un *arbitrium*, indépendamment des formalités de l'*arbitri postulatio* ou de la *condictio*, dans les cas mêmes, dans les cas seulement où jusqu'alors ces formalités permettaient d'aboutir à la nomination d'un arbitre ou d'un juge.

On a tout lieu de croire d'ailleurs qu'au début, le préteur se renferma effectivement dans le rôle qui lui était ainsi assigné, soit qu'il n'eût point aperçu de prime abord tout le parti qu'il pouvait tirer de la situation nouvelle, qui lui était faite, soit qu'il éprouvât quelque scrupule à en faire un usage, qui n'avait point été dans les prévisions du législateur. Pour organiser un *judicium*, il continue, au début, d'exiger, non point sans doute l'accomplissement des solennités de procédure qui viennent d'être supprimées, mais la réunion de toutes les conditions de fond précédemment exigées, et ce qu'il demande au juge ou à l'arbitre, c'est d'appliquer les mêmes règles de droit qu'auparavant. Aussi, quoiqu'il n'y soit point tenu, calque-t-il les formules qu'il rédige, sur les anciennes formules prononcées *in jure* par les parties. C'est ainsi que, s'il s'agit d'une action née d'un droit certain, tandis que le demandeur disait : *Aio te mihi sestertium X millia*, ou *hominem Stichum dare oportere*, le préteur rédige ainsi sa formule : *Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium X millia, hominem Stichum dare oportere.* Pour plus de précision, il ajoute : *Judex, N^m N^m A^o A^o sestertium X millia condemna; si non paret, absolve;* — ou bien : *Quanti ea res erit, judex, N^m N^m A^o A^o condemna.* S'agit-il d'un droit incertain, tenant pour accompli l'aveu *in jure* du défendeur, il copie sa formule sur celle que prononçait autrefois le demandeur à la suite de cet aveu. Au lieu de : *Quod ego de te incertum stipulatus sum, et ideo te mihi incertum dare facere oportet, te, prætor, arbitrum postulo uti des*, nous aurons : *Quod Aulus Agerius de N^o N^o incertum stipulatus est, quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere, nisi restituat, ejus, judex, N^m N^m A^o A^o condemna*, formule évidemment copiée sur la première, et dans laquelle nous ne remarquons que la précision plus grande avec laquelle l'arbitre est informé de ce qu'il a à faire. Enfin s'agit-il d'une action née d'une promesse accompagnée de la *clausula doli*, nous aurons la formule : *Quod A^s A^s de N^o N^o incertum ex stipulatu emit* (par exemple), *quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere ex fide bona, nisi restituat, ejus*, etc.

Dans cet état, les formules délivrées par le préteur, sont, comme

celles que jadis prononçaient les parties elles-mêmes, adaptées aux termes mêmes de la loi. Mais cette concordance, imposée par la loi dans le système des *legis actiones,* ne dépend plus que du préteur. Rien ne l'empêche de changer la rédaction de ses formules, de faire disparaître certains mots, d'en introduire de nouveaux, et de modifier par là les conditions de fond des actions existantes, et même de créer de nouvelles actions. Le juge ou l'arbitre ne pourra se refuser à examiner la question qui lui sera posée, à prononcer la condamnation que le préteur le chargera de rendre, car il y a, de par la loi, des cas où son rôle ne lui est plus révélé que par la formule du préteur. Que cette formule le charge de statuer, de prononcer des condamnations, dans des cas où, selon la loi, il ne devrait pas en prononcer, c'est possible. Mais il n'appartient pas au simple particulier investi des fonctions de juge ou d'arbitre, de contrôler la légalité des fonctions que le préteur le charge de remplir (72).

Je ne veux pas suivre pas à pas le préteur dans cette voie nouvelle, et indiquer une à une les créations successives qu'il put ainsi réaliser. Qu'il me suffise d'avoir montré de quelle manière le préteur se trouva investi du pouvoir de délivrer des formules rédigées à son gré, de créer ainsi de nouvelles actions, et par là même de fonder, à côté du droit civil, un nouveau droit, le droit prétorien, dont l'importance est si grande à l'époque classique. Je ne veux plus que faire remarquer que sans doute il ne s'avança que lentement dans cette voie, procédant timidement d'abord, puis peu à peu s'enhardissant, se bornant d'abord à modifier la rédaction des formules qu'il délivrait dans les cas où les solennités des *legis actiones* avaient été supprimées, puis créant des formules applicables aux actions mêmes pour lesquelles le *sacramentum* avait été maintenu, enfin allant jusqu'à délivrer des formules, abstraction faite de toute disposition du droit civil, ou même contrairement à ce droit.

Ce fut par une innovation de la première espèce que le préteur arriva à donner aux actions de bonne foi, jusqu'alors distinctes dans leurs résultats, mais identiques dans leur fondement, la physionomie qu'elles ont à l'époque classique. Pour arriver à ce résultat, il n'eut, dans la formule que nous avons citée ci-dessus : *quod* A^s A^s *de* N^o N^o *incertum ex stipulatu emit, quidquid paret* N^m N^m A^o A^o *dare facere*

(72) Cette idée, que le juge ne peut contrôler la légalité de la formule, est formellement exprimée par Cicéron (*in Verr., 2ª act.*, II, 12).

oportere ex fide bona, nisi restituat, ejus, judex, condemna, qu'à supprimer les mots *ex stipulatu*. Par là en effet l'arbitre se trouvait invité à condamner, alors que les circonstances constituant une vente se trouveraient réalisées, indépendamment de toute manifestation formelle du consentement au moyen de la stipulation. Innovation capitale, au point de vue des modifications profondes qu'elle apporta à la théorie des actions, accomplie le plus simplement du monde, et sans qu'il en coûtât autre chose à celui qui la réalisa que de supprimer deux mots dans la rédaction d'une formule.

Les textes de Cicéron (*2ª Act. in Verr.*, II, 12; — *2ª Act. in Verr.*, I, 45), qui, rédigés antérieurement aux lois Julia (73), nous montrent la procédure *per sponsionem* et la *formula petitoria* usitées en matière de revendication et de pétition d'hérédité, à côté de la procédure du *sacramentum*, nous prouvent que le préteur ne se borna pas à modifier la rédaction des formules délivrées dans les actions, pour lesquelles la loi Æbutia avait supprimé les solennités de l'*arbitri postulatio* et de la *condictio*. S'apercevant que le juge ne pouvait contrôler la légalité du rôle, qu'il lui assignait dans la formule, le préteur s'avisa de le faire statuer en matière réelle, bien que la loi Æbutia eût laissé, en cette matière, subsister le *sacramentum*. L'existence même de la procédure *per sponsionem*, dans laquelle la véritable nature de la question litigieuse est voilée, nous montre qu'il ne s'avança sur ce terrain qu'avec une extrême prudence. Ce ne fut que plus tard qu'il se décida à délivrer une formule chargeant explicitement le juge de trancher une question de droit réel. Encore ne le fit-il que successivement, pour la *rei vindicatio* d'abord, pour la pétition d'hérédité ensuite (74).

De même qu'il arrive à charger le juge de statuer en matière réelle, le préteur lui soumet aussi les questions d'état, et sans doute aussi les

---

(73) Même en attribuant l'une des *leges Juliæ* à César. César en effet n'arriva au consulat qu'en l'an 59 avant J.-C. Or les Verrines avaient été écrites une vingtaine d'années auparavant.

(74) On me demandera peut-être pour quels motifs le préteur crut bon de délivrer des formules en matière d'actions réelles. La réponse est facile. Deux motifs sans doute le décidèrent. D'abord le désir de mettre un terme à l'appauvrissement résultant, pour la partie succombante, de la perte du *sacramentum*. Ensuite, le désir de soumettre à un seul juge les deux questions qui jusque-là faisaient l'objet de deux procédures distinctes : la première, devant les décemvirs (ou les centumvirs, depuis la création de ce tribunal), chargés de statuer sur la légitimité de la *provocatio sacramenti* ; — la seconde, devant l'*arbiter*, chargé de statuer sur la promesse incertaine de restitution faite par celui qui avait obtenu les *vindiciæ*.

actions pénales, restées également soumises aux formalités de la *legis actio sacramenti* (75).

Enfin le préteur se décide à franchir un dernier pas. Jusqu'ici, quelques innovations que la délivrance des formules réalise, on peut considérer ces formules comme appliquant le droit civil. C'est la loi en effet qui permet d'agir en revendication, en pétition d'hérédité ; c'est la loi qui attache à tel ou tel fait une action pénale. Bien que le préteur substitue à la procédure légale de ces actions, une procédure nouvelle, et bien souvent change les résultats de ces actions, il peut être regardé comme appliquant le droit civil. De même, c'est sur le droit civil qu'est fondée l'action incertaine et de bonne foi née d'une stipulation avec *clausula doli*, qui, selon les circonstances, prend le nom d'action *empti*, *locati*, etc. Il est vrai qu'en modifiant la formule de cette action, en chargeant l'arbitre de statuer, en l'absence de stipulation, comme si cette stipulation avait eu lieu avec accompagnement de *clausula doli*, le préteur dénature et change le droit civil, mais, en apparence au moins, c'est toujours sur ce droit qu'il s'appuie. Il ne tarde pas à aller plus loin encore, et à délivrer des formules sans fondement aucun dans le droit civil. Dès l'époque de Cicéron, il existe un grand nombre de ces formules, parmi lesquelles la plus importante est sans contredit la *formula de dolo*, l'action de dol (76).

Telle fut, si je ne me trompe, la série des innovations que la loi Ebutia permit au préteur de réaliser. Je le répète : il est infiniment vraisemblable que les auteurs de cette loi n'avaient pas prévu tout le parti que le préteur saurait tirer de la seule disposition qu'elle contînt, savoir que dorénavant, dans les actions personnelles *rei persecutoriæ*, le juge ou l'arbitre pourrait être nommé sans que les parties eussent au préalable à prononcer les paroles de l'*arbitri postulatio* ou de la *con-*

---

(75) Le préteur avait, pour délivrer des formules en matière d'actions pénales, les deux mêmes motifs, qui le portèrent à appliquer cette procédure aux actions réelles. Dans ces actions en effet, d'une part, celui qui succombe perd le *sacramentum*, et, d'autre part, après une première décision des décemvirs ou centumvirs, sur la question : *an debeatur*, vient, dans presque tous les cas, un *arbitrium rei præstandæ* pour fixer : *quid debeatur*. — Ce n'est d'ailleurs qu'en admettant l'application de la procédure formulaire aux actions pénales, que l'on peut expliquer les modifications apportées par le préteur, bien avant Cicéron, au montant et même à la nature de certaines peines. Le désir de réaliser ces changements fut même sans doute un motif de plus, qui porta le préteur à se servir de formules dans ces actions.

(76) Ces actions sont fictices, ou avec transposition de personnes, ou *in factum*. Ce ne sont là que des accidents de rédaction. Dans tous les cas, au fond, il y a là de nouvelles actions, sans aucune racine dans le droit civil.

dictio. S'ils s'en étaient rendu compte, ils n'auraient pas déclaré, comme ils le firent, au dire d'Aulu-Gelle, que la compétence des centumvirs et des décemvirs ne serait pas modifiée, alors qu'il résulte de tout ce qui précède que cette compétence devait aller s'amoindrissant, sinon en droit, du moins en fait, jusqu'à une ruine complète, s'il n'était point pris de mesures pour arrêter cette décadence.

Je viens de dire que la compétence des centumvirs et des décemvirs, toujours la même au point de vue théorique (77), devait en fait diminuer de plus en plus par la concurrence de la nouvelle procédure introduite par le préteur pour les actions mêmes qui légalement leur étaient réservées (78). Si elle ne disparut pas complètement, du moins en ce qui concerne les centumvirs, si même elle se maintint pendant de longues années encore, c'est que sans doute un terme avait été mis aux empiétements du préteur.

Ce fut là sans doute l'œuvre des lois Julia, que Gaius nous présente comme ayant contribué à faire disparaître les *legis actiones*, que je crois au contraire avoir eu pour but de sauver la juridiction des cemtumvirs, et par suite pour effet d'assurer le maintien, au moins dans certains cas, de la *legis actio sacramenti*. Que l'on ne m'accuse pas de faire bon marché des sources. Je ne crois pas me mettre en contradiction avec le texte que je viens de rappeler (Gaius, IV, 30). Quelque désir en effet que pût avoir l'auteur des lois Julia, d'assurer l'existence des cemtumvirs, il ne pouvait être question de leur rendre leur ancienne splendeur, de revenir sur les innovations du préteur, qui, pour illégales qu'elles fussent, n'en avaient pas moins été marquées au coin du bon sens et de l'équité. Tout au plus pouvait-on, s'en tenant à la compétence de fait, que les empiétements du préteur n'avaient point encore enlevée à ce tribunal, déclarer irrévocables les innovations déjà réalisées, et impossibles, tous changements ultérieurs. C'est ce qui fut fait. Désormais il ne sera plus question du *sacramentum*, ni des centumvirs ou décemvirs, ni pour les actions pénales, ni pour les actions d'état. L'ancienne *legis actio* ne sera plus applicable qu'en matière réelle et encore avec des distinctions. Peut-être ne l'est-elle plus à la *rei vindicatio*. Il est certain au contraire que les cemtumvirs restent compétents en matière

---

(77) Ceci explique que Cicéron (*de Oratore*, I, 38) puisse donner une énumération aussi longue que variée, des attributions des centumvirs.

(78) De là le texte de Tacite (*Dial.*, 38), qui déclare qu'au temps de Cicéron, le tribunal des centumvirs avait une situation moins haute, et moins en vue que les autres.

de pétition d'hérédité ; il est d'ailleurs non moins certain que la procédure formulaire peut être appliquée à cette action. Il n'y a guère que la *querela inofficiosi testamenti* qui reste de la compétence exclusive des centumvirs. Quant aux décemvirs, les innovations du préteur leur ayant sans doute enlevé en fait toute compétence, on les supprime, en tant du moins que tribunal distinct. On les charge de certaines fonctions au sein du tribunal des Cviri (79), dont désormais ils ne se distinguent plus (80).

Je n'ai plus, pour terminer cette étude de l'œuvre des lois Julia et de la loi Ebutia, qu'à dire quelques mots des *legis actiones* d'exécution, surtout de la *manus injectio*. Il est extrêmement vraisemblable que ces lois ne modifièrent en rien les règles de fond, et les effets des voies d'exécution en usage à l'époque de leur promulgation, mais seulement les formalités dont elles devaient être accompagnées. Après la loi Ebutia en effet, comme avant cette loi, après les lois Julia elles-mêmes, le débiteur qui n'exécute pas la condamnation prononcée contre lui, peut être attribué au créancier, sur la demande de celui-ci, emmené par lui et retenu prisonnier jusqu'à ce qu'il se décide à exécuter. Ce sont là précisément les effets que produisait la *manus injectio* depuis la loi Petilia Papiria. Une seule modification de fond est apportée à ce système d'exécution par l'une des lois Julia : c'est le bénéfice de cession de biens. Désormais, le créancier devra mettre en liberté le débiteur qui n'exécute pas, si celui-ci lui fait abandon de tous ses biens.

En dehors de cette innovation, et de quelques autres innovations de détail, dont nous parlerons tout à l'heure, il est probable que nos lois n'avaient fait que permettre au préteur de prononcer l'*addictio*, indépendamment de l'accomplissement des solennités de gestes et de paroles qui constituaient la *legis actio per manus injectionem*, et que désormais on réputera accomplies bien qu'elles ne l'aient pas été. Voici, je pense, comment les choses vont désormais se passer.

Celui qui a obtenu un jugement contre une autre personne, peut, lorsque cette condamnation n'est pas exécutée dans le délai de deux mois (le préteur avait en effet augmenté le délai accordé au condamné pour exécuter), faire comparaître cette personne devant le préteur. Affirmant, devant ce magistrat, l'existence d'une condamnation à son profit, il lui demande de prononcer l'*addictio*. Si l'adversaire avoue, l'*addictio* est prononcée, et produit ses effets, sauf le cas de cession de

---

(79) Suétone, *Octav.*, c. 36.

(80) De là sans doute maintenant la prétention des centumvirs de tenir le premier rang. (Tacite, *Dial.*, 38).

biens. S'il nie l'existence du jugement, ou prétend avoir exécuté la condamnation, une formule est délivrée, et un juge, nommé pour examiner la question. Remarquez que c'est le défendeur lui-même qui prend part au *judicium* ainsi organisé, au lieu qu'autrefois il devait fournir un *vindex* qui plaidât pour lui. A cette exigence, le préteur substitue l'obligation pour le défendeur de fournir la *cautio judicatum solvi*. De même d'ailleurs que le *vindex* dans l'instance où il figurait, le condamné, qui maintenant figure lui-même dans le *judicium*, y joue le rôle de demandeur. Ce qui ne l'empêchera pas, s'il succombe, d'être condamné, absolument comme l'ancien *vindex*, — et même condamné au double, toujours comme le *vindex* de l'époque antérieure.

Tous ces résultats sont consignés dans les textes. Ils appellent *actio judicati*, la procédure *in jure* dont nous avons parlé. Cette action croît au double dans le cas d'*infitiatio*. Nier d'ailleurs, étant donné les résultats de cette négation, s'appelle en cette matière, *revocare in duplum*. Celui qui use de la *revocatio in duplum* peut être condamné, quoiqu'il joue le rôle de demandeur, etc.

La même transformation s'appliqua aux actions jadis intentées *per manus injectionem*. Seulement ici, il y a lieu d'organiser un *judicium*, même dans le cas de *confessio in jure*, alors du moins que l'objet de la dette n'est point une somme d'argent déterminée. J'estime que, comme par le passé, celui qui demande l'*addictio* en vertu d'un droit ne portant point sur une somme d'argent certaine, laisse dans le vague, en faisant cette demande, le fait même qui a donné naissance à son droit. Il en résulte que le défendeur peut sans inconvénient avouer. Un *judicium* ensuite est organisé, pour, en apparence, faire fixer le montant de la dette, et, en réalité, faire statuer d'abord sur l'existence même du droit, qui, malgré l'aveu, est loin d'être certaine. C'est ainsi que j'explique que, dans l'action de la loi Aquilia, l'aveu donne naissance à un *judicium confessorium*, dans lequel, malgré l'aveu, la question de l'existence du droit peut être agitée (l. 23, § 11, l. 24, D., *ad leg. Aquil.*, IX, 2), contrairement à la règle générale (ll. 3 et 5, D., *de confessis*, XLII, 2), — ce qui, soit dit en passant, corrobore singulièrement la théorie que nous avons proposée sur les actions intentées *per manus injectionem*, et l'emploi d'une demande d'*addictio* portant sur une somme indéterminée, sur *incerta pecunia*. — J'ajoute que le défendeur, qui niait, pouvait, dans tous les cas, prendre part lui-même au *judicium*. Dans une hypothèse spéciale, celle de l'action *depensi*, seul cas pour lequel la loi Vallia n'eût point transformé la *manus injectio pro judicato* en *manus injectio pura*, il ne pouvait cependant le faire qu'en fournissant la *cautio judicatum solvi*.

Revenant à l'*addictio* prononcée à la suite d'une condamnation, je dois dire que, depuis l'année 586 (81), elle cessa de constituer la seule voie d'exécution des jugements. En cette année en effet le préteur Rutilius imagina ce que l'on appelle la *bonorum venditio*, dans le détail de laquelle je n'ai pas à entrer. Qu'il me suffise de dire que cette voie d'exécution pouvait être exercée seule, ou concurremment avec la demande d'*addictio*.

Quant à la *pignoris capio*, je ne me donnerai pas la peine de rechercher si ce fut la loi Ebutia ou l'une des lois Julia qui la supprima. Je n'en parlerais même pas, si un texte de Gaius, qui s'y rattache (IV, 32), ne méritait quelque attention. Ce texte nous apprend qu'à l'époque de Gaius, une formule était délivrée au publicain, contenant une fiction en vertu de laquelle la prise de gage, autrefois usitée en matière de *pignoris capio*, était réputée accomplie. Ce texte, ainsi que le § 10, vient à l'appui de la manière dont nous avons envisagé les lois qui abolirent les *legis actiones*. Ces lois, laissant subsister le fond des institutions, ne modifièrent que la procédure usitée jusque-là, en décidant que désormais les solennités de gestes et de paroles constituant les *legis actiones* ne seraient plus exigées, ou, en d'autres termes, qu'on les réputerait accomplies, bien qu'elles ne l'eussent pas été. Mais, s'il est vrai que, dans tous les cas où les formalités des *legis actiones* sont ainsi réputées accomplies, l'action est fondée sur une vraie fiction, il ne suit pas de là que cette fiction doive nécessairement être exprimée dans la formule de cette action. Libre de rédiger la formule à son gré, le préteur pouvait faire allusion à cette fiction, il pouvait aussi la passer sous silence. C'est ainsi que j'explique que Gaius ait pu dire au § 33, qu'aucune formule ne fut rédigée *ad condictionis fictionem*, et que les actions *commodati, fiduciæ*, et autres actions de bonne foi ne présentent non plus aucune fiction de *legis actio*. Ce texte ne doit pas être entendu en ce sens que ces actions n'impliquent aucune fiction de *legis actio ;* les formules usitées à l'époque classique, en matière d'actions de bonne foi, qui débutent par ces mots : *quod A^s A^s emit, locavit*, etc., prouvent, nous l'avons déjà fait remarquer, qu'il y a comme un aveu antérieur, au moins fictif, auquel le préteur se réfère. Il faut entendre ce texte en ce sens que les formules, dont il est question, ne mentionnent pas expressément la fiction sur laquelle elles reposent.

---

(81) Cette date n'est point certaine. Si l'on trouve en l'an 586, un préteur Publius Rutilius Calvus, l'an 648 nous présente un consul Publius Rutilius Rufus. Si j'incline à admettre la première de ces deux dates, c'est qu'il est plus vraisemblable d'attribuer à un préteur l'organisation de la *bonorum venditio*.

J'ajoute qu'il est vraisemblable que le souvenir de cette fiction, dans les cas précisément où la formule ne la mentionnait pas, se perdit dans la suite des temps. J'y suis d'autant plus porté que ce n'est qu'en admettant un tel oubli, que l'on peut expliquer une particularité remarquable des actions de bonne foi à l'époque classique. Cette particularité consiste en ce que la formule de l'action de bonne foi contient l'indication très précise des faits dont le juge doit vérifier l'existence, par exemple : *Quod A^s A^s de N^o N^o hominem Erotem emit.* Il est manifeste qu'une telle précision ne peut s'être produite que moyennant un oubli complet de l'aveu tacite du défendeur, qui sert de base à la formule, aveu qui ne peut porter, sans lui nuire, que sur quelque chose d'indéterminé (82).

ARTICLE II

INFLUENCE SUR LA THÉORIE DES ACTIONS DES INNOVATIONS RÉSULTANT DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT DE LA LOI ÆBUTIA

Les modifications apportées à la procédure romaine, en exécution ou en suite des lois qui supprimèrent les *legis actiones*, et spécialement de la loi Æbutia, eurent une influence profonde sur la théorie des actions. Les changements qui en résultèrent pour cette théorie, sont exposés dans les numéros suivants.

I. — Actions civiles, actions honoraires.

La plus importante des conséquences de la loi Æbutia fut sans contredit le pouvoir que le préteur s'arrogea de délivrer des formules, abstraction faite de dispositions du droit civil accordant le droit d'agir en justice. Nous avons vu quelles circonstances favorisèrent cette véritable usurpation, et de quelle manière le préteur s'enhardit à en faire un usage de plus en plus large, si bien qu'il arriva à délivrer des formules, non point seulement dans les cas où la loi Æbutia avait supprimé les formalités des *legis actiones*, mais aussi, si ce n'est peut-être en matière de *querela inofficiosi testamenti*, dans les cas où cette loi avait entendu maintenir le *sacramentum*, et même dans des cas où le droit civil n'autorisait en aucune façon à agir en justice.

---

(82) Il eût dû logiquement résulter de cette précision dans l'indication des faits soumis à l'examen du juge, que l'action de bonne foi fût désormais considérée comme certaine. Si néanmoins on continua de la qualifier d'incertaine, je ne puis y voir qu'un effet de la tradition.

Toute formule, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle est délivrée, étant l'œuvre du préteur, qui la rédige librement, on peut dire que toute formule est prétorienne. Or la formule désormais caractérise l'action. On peut donc dire, dans le même sens, que toute action est prétorienne.

Mais, en un autre sens, plus conforme à la terminologie romaine, toute action n'est point prétorienne. Aux actions prétoriennes en effet, les textes opposent d'autres actions, qu'ils appellent civiles.

On pourrait croire que, dans cette acception, les mots actions prétoriennes désignent toutes celles que le préteur créa, je veux dire toutes celles dans lesquelles il fit usage de formules, sans y être autorisé par la loi. Ce serait, à mon sens, une erreur. Que l'on se reporte en effet à ce que nous avons dit plus haut, et l'on se convaincra que, si tel est le sens des mots actions prétoriennes, opposés aux mots actions civiles, nous serons forcés de dire que les actions de bonne foi, les actions réelles intentées *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam,* les actions pénales et les actions d'état, en tant qu'elles sont soumises à la procédure formulaire, sont des actions prétoriennes. Dans tous ces cas, en effet, si le préteur use de formules, c'est sans y avoir été autorisé. Dans tous ces cas, l'action, quelle qu'elle soit, peut être considérée, en tant qu'elle est soumise à la procédure formulaire, comme une création du préteur. Et cela est surtout apparent pour les actions de bonne foi, qui désormais sont délivrées alors que les circonstances constituant une vente, un louage, etc., sont réalisées, bien que le consentement n'ait pas été revêtu des formes de la stipulation, de telle sorte que, tandis que les autres actions, que je viens de citer, peuvent, à la place de la formule, donner lieu à une *legis actio*, les actions de bonne foi n'ont d'existence que grâce à la procédure formulaire, et en tant que soumises à cette procédure.

Mais toutes ces actions sont qualifiées de civiles. S'il en est ainsi, c'est donc que les mots actions prétoriennes ont un autre sens que celui d'actions dans lesquelles le préteur fit usage de formules, sans y être autorisé par la loi. Cet autre sens me paraît se dégager du passage de notre travail, dans lequel nous avons fait ressortir que, malgré les modifications profondes qu'il fait subir au droit civil, en changeant les formules qu'il a précédemment adaptées aux termes de la loi, ou en appliquant la procédure formulaire à des actions pour lesquelles le *sacramentum* avait été maintenu, le préteur peut, jusqu'à un certain point, être considéré comme appliquant le droit civil. Nous avons opposé, à cette manière d'agir du préteur, qui, si elle n'est réellement pas une application du droit civil, suppose du moins, comme point de

départ, soit une formule calquée sur ce droit, soit une disposition de la loi accordant le droit d'agir en justice, cette autre, à laquelle le préteur n'arriva sans doute que plus tard, qui consiste à délivrer une formule indépendamment de tout emprunt de ce genre fait au droit civil. C'est à ces dernières formules qu'il faut réserver le nom de prétoriennes; ce sont les actions, dans lesquelles elles sont employées, qui portent le nom d'actions prétoriennes, toutes autres étant désignées sous la dénomination d'actions civiles, qu'elles ne méritent d'ailleurs qu'à des degrés divers.

On objectera, contre cette manière d'envisager la distinction des actions civiles et prétoriennes, que, si elle est nécessaire au système que j'ai développé, et en vertu duquel l'application des formules aux actions réelles, aux actions pénales ou d'état, et la création des actions de bonne foi, sont autant d'innovations du préteur, elle est en elle-même forcée, car il est peu vraisemblable que de véritables créations du préteur n'aient point porté le nom de prétoriennes. Cette invraisemblance même n'est-elle pas une preuve que la théorie tout entière, dont elle est une conséquence forcée, doit être rejetée?

A cette objection, je ferai une double réponse. La première consistera à faire remarquer que, abstraction faite des idées que j'ai développées, il est certain que, dans bien des cas, le mot action civile désigne une action profondément modifiée ou même créée par le préteur. C'est ainsi que le préteur modifia le montant de la peine attachée à l'injure, et pourtant l'*actio injuriarum* ne porte point, que je sache, le nom d'action prétorienne. Veut-on une preuve plus forte, et un exemple d'action civile créée par le préteur? Que l'on se rappelle l'histoire de l'action *præscriptis verbis*. Cette action, délivrée d'abord dans les cas où une opération juridique constitue certainement l'un ou l'autre des contrats reconnus et munis d'action, sans que l'on sache précisément lequel, fut créée, nous dit-on, par les prudents. C'est-à-dire sans doute que les prudents en démontrèrent la nécessité, ou tout au moins la haute convenance, mais ce fut bien le préteur, en l'absence de toute disposition législative, qui lui donna l'être, en accordant cette formule jugée indispensable par les prudents. Si l'on veut que toute action créée par le préteur, en l'absence de disposition de la loi, soit prétorienne, l'action *praescriptis verbis* sera donc prétorienne. Eh bien, non : elle est civile.

Ma seconde réponse à l'objection que je combats, est qu'il n'y a rien de plus facile à expliquer que la soi-disant invraisemblance de la dénomination de civiles appliquée à de véritables créations du préteur. Car il est manifeste que le préteur devait avoir à cœur de paraître innover

le moins possible, et cette préoccupation me paraît expliquer à merveille qu'il ait cherché à appliquer le nom d'actions civiles, pour peu que la nature des choses n'y répugnât pas.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, qui n'est guère qu'une discussion de mots (83), le fond est hors de doute, je veux dire qu'il est bien certain que désormais le préteur, usant de la faculté de délivrer des formules, quand il le juge bon, et de les rédiger comme il l'entend, peut modifier les actions existantes et en créer de nouvelles. C'est ainsi qu'il arrive à modifier les droits existants eux-mêmes et à en créer de nouveaux. Jamais nous ne le voyons toucher à la théorie des droits civils pour la modifier, ou la compléter. Jamais il ne procède à la façon des législateurs modernes ; il suit une marche exactement inverse : c'est l'action, qu'il change ou qu'il établit. Il y a là la preuve que tout son pouvoir réside dans la liberté de rédiger à son gré des formules. Aussi ne saurais-je me rallier à l'opinion, qui voit dans la faculté du préteur de créer des actions une conséquence du *jus edicendi*. C'est le contraire qui est vrai : du jour où le magistrat put rédiger à sa guise des formules, et par suite modifier les actions, ou en créer de nouvelles, de ce jour seulement il put être question pour lui d'indiquer à l'avance ce qu'il se proposait de faire, ou, en d'autres termes, de publier un édit.

Quelque étendue que l'on veuille attribuer à l'expression action prétorienne, opposée à celle d'action civile, il faudrait se garder de croire que cette division des actions corresponde à celle des *judicia*, en *legitima* et *imperio continentia*.

Cette dernière division a beaucoup tourmenté les interprètes. Il en est qui commettent la confusion, que nous venons de signaler, et qui est nettement incompatible avec les renseignements que nous fournit Gaius (IV, 103 et sq.). Il ressort de ces textes que les actions prétoriennes elles-mêmes donnent lieu à un *judicium legitimum*, lorsqu'elles sont organisées à Rome, entre citoyens romains, et renvoyées à un seul juge également citoyen romain ; comme à l'inverse, une action civile

---

(83) On ne m'objectera pas que les actions ont une durée différente, selon qu'elles sont prétoriennes ou civiles, et qu'en conséquence il importe de savoir quelles actions doivent être rangées dans l'une ou dans l'autre catégorie. On sait en effet que la prétendue règle de la perpétuité des actions civiles, et de l'annalité des actions prétoriennes, comporte un grand nombre d'exceptions. D'une part, il y a des actions civiles qui ne sont pas perpétuelles. D'autre part, il y a des actions considérées par les Romains eux-mêmes comme prétoriennes, qui ne s'éteignent pas par le laps d'une année. De telle sorte que la connaissance de la nature civile ou prétorienne d'une action, ne suffit point à renseigner sur sa durée.

peut donner lieu à un *judicium imperio continens*, si l'une de ces trois conditions fait défaut (Gaius IV, 109). Je n'ai pas l'intention de rechercher l'origine historique et les transformations successives de cette division des *judicia*. Je me borne à faire remarquer que notre manière d'envisager la naissance du pouvoir du préteur de créer des actions, explique fort bien que les actions prétoriennes elles-mêmes aient pu donner lieu à un *judicium legitimum*, alors que ce mot de *legitimum* semble incompatible avec une procédure basée, non sur la loi, mais sur l'initiative du magistrat. Il ressort en effet de ce que nous avons dit, que la procédure formulaire, primitivement appliquée à des cas, pour lesquels une loi, la loi Ebutia, avait supprimé les formalités des *legis actiones*, fut peu à peu étendue à des cas nouveaux. Dans sa première application, rien évidemment ne pouvait empêcher de considérer le *judicium* comme *legitimum*, lorsque d'ailleurs se trouvaient remplies les trois conditions indispensables, que nous avons rappelées. La même dénomination fut employée, lorsque ces conditions étaient réunies, pour désigner le *judicium* organisé par la formule, dans quelques circonstances que celle-ci fût rendue, et même alors que le préteur s'éloignait complètement du droit civil.

II. — Exceptions.

La même liberté de rédiger à sa guise la formule, qui permit au préteur de créer de nouvelles actions, lui permit aussi de créer des exceptions sans racines dans le droit civil.

Il est nécessaire, pour que l'on comprenne la portée de cette affirmation, que j'entre dans quelques détails sur ce que c'est que l'exception. Or le point capital, en cette matière, consiste à distinguer nettement l'exception en elle-même, de l'exception en tant que revêtue d'une certaine forme.

En elle-même, l'exception est un moyen de défense, à une action, fondé sur une disposition exigeant, pour le succès de l'action, une condition particulière que, à tort ou à raison, on ne fait pas rentrer dans la théorie du droit donnant naissance à cette action. Je m'explique. Une action existe, exigeant, pour réussir, telles et telles conditions. On en conclut que la réunion de ces conditions donne naissance à un droit, sanctionné par cette action. Cette théorie constituée, que le pouvoir législatif, ou quelque autre autorité compétente, vienne à exiger, pour le succès de cette action, une condition nouvelle, il est deux manières d'en tenir compte. On peut, remaniant la théorie du droit précédemment établie, déclarer que le droit n'existera que moyennant l'adjonction, aux anciennes, de la nouvelle condition exigée pour le succès de l'action. On peut aussi, laissant subsister la théorie ancienne,

continuer de considérer le droit comme existant, alors que se trouvent réunies les conditions, qui jadis suffisaient à assurer le triomphe du demandeur, en ajoutant néanmoins que ce droit sera paralysé, si la condition nouvelle, exigée par la loi pour le succès de l'action, n'est pas réalisée. Selon que l'on adoptera l'un ou l'autre de ces partis, opposer à la demande la non-réalisation de la condition nouvellement exigée, sera, de la part du défendeur, se prévaloir d'un moyen de défense au fond, ou opposer une exception. — L'exception ainsi envisagée, il est manifeste que l'on en peut concevoir l'existence indépendamment de l'usage des formules, et dans un système de procédure quelconque.

Quel que soit ce système, il est évident que, sauf la différence théorique signalée, peu importerait la qualification d'exception ou de moyen de défense au fond, attribuée au fait d'opposer l'inexistence de telle condition nécessaire au succès de l'action, s'il ne résultait de cette différence théorique elle-même, une conséquence pratique importante. Si la condition, en effet, dont il s'agit, est considérée comme essentielle à l'existence du droit, le juge, chargé de vérifier cette existence, devra forcément en tenir compte. Au contraire, si elle n'est point considérée comme essentielle à l'existence du droit, le juge, chargé de condamner si le droit existe, devra prononcer la condamnation encore bien que la condition, nouvellement exigée pour le succès de l'action, ne soit point réalisée. Pour que l'absence de cette condition empêche, comme le veut la loi, l'action d'aboutir, il faut que des mesures particulières soient prises, il faut que quelque chose avertisse le juge de ne point se restreindre à la question de l'existence du droit, et de tenir compte de la condition nouvelle, en l'absence de laquelle le droit peut bien exister, mais l'action ne doit pas aboutir.

Quelles étaient ces mesures, dans la procédure des *legis actiones* ? Je ne saurais le dire. — Dans la procédure formulaire, elles consistent à charger expressément le juge de vérifier, pour condamner, la réalisation de la condition, dont, sans cet avertissement, il n'aurait pas à se préoccuper. Cette instruction spéciale, insérée dans la formule, s'appelle elle-même exception. — Dans ce dernier sens, il est clair que l'exception n'a pu précéder l'usage des formules, et l'on comprend que l'on puisse dire que toute exception est prétorienne.

Insérant dans la formule une telle instruction, pour charger le juge de tenir compte de conditions mises au succès des actions par le droit civil, le préteur ne fait qu'appliquer ce droit. En ce sens, l'exception sera civile. — Mais il peut aussi charger le juge de ne condamner que moyennant la réalisation de circonstances librement fixées par lui-même. En pareil cas, l'exception sera prétorienne. C'est là le sens de

l'affirmation par laquelle débute ce numéro : que la faculté pour le préteur de rédiger la formule à sa guise lui permit de créer de nouvelles exceptions.

Le système, que j'ai développé accessoirement à cette affirmation et pour en faire comprendre la portée, trouve sa justification dans l'explication toute simple qu'il fournit, du langage en apparence contradictoire des jurisconsultes romains, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre, en parcourant les textes suivants : Gaius, IV, 118 : certaines exceptions sont fondées sur la loi ; d'autres, sur l'autorité du magistrat ; — l. 3, § 1, D., *de pec. constit.*, XIII, 5 ; l. 5, C., *de pactis*, II, 3, textes qui semblent indiquer que toute exception est prétorienne ; — Gaius, IV, 108 : les exceptions n'existaient pas à l'époque des *legis actiones* ; — Cicéron, *de senect.*, 4 ; Plaute, *Pseudolus*, I, 3, v. 84 : l'exception *legis Cinciæ* et l'exception *legis Plœtoriæ* sont antérieures à l'usage des formules (la première date de 549 ou 550, — la seconde, mentionnée par Plaute, est antérieure à l'année 570, date de la mort de cet auteur).

III. — Confusion des mots *judex* et *arbiter*.

Cette confusion, consommée à l'époque de Cicéron, comme le prouve un passage déjà cité du *pro Murena*, c. XII, avait été préparée sans doute, antérieurement à la loi Æbutia, par deux circonstances que nous avons indiquées précédemment. La première, c'est que l'arbitre chargé de statuer sur l'action intentée en la forme incertaine, se trouve, nonobstant l'aveu *in jure* du demandeur, et parce que cet aveu porte sur quelque chose d'indéterminé, obligé tout d'abord de vérifier l'exactitude des allégations plus précises formulées devant lui par le demandeur. Il joint ainsi, à ses fonctions d'*arbiter*, celles d'un véritable *judex*. La seconde, c'est qu'à la suite de la formule prononcée par le demandeur dans la *legis actio per condictionem*, le préteur doit, selon que le défendeur avoue ou nie, nommer un *arbiter* ou un *judex*, et que ce dernier a lui aussi à remplir les fonctions d'*arbiter*.

Cette attribution, dans deux hypothèses très fréquentes en pratique, des fonctions d'arbitre et de juge à une seule et même personne, désignée tantôt sous le nom d'arbitre et tantôt sous celui de juge, dut amener peu à peu une certaine confusion des deux termes. Néanmoins je pense que, tant que se maintinrent les *legis actiones*, la confusion ne dut pas être complète. A côté de ces hypothèses en effet, il y en avait assez d'autres où la confusion n'était pas possible, je veux parler de celles dans lesquelles la procédure du *sacramentum* était restée en usage. Actions réelles, actions pénales et actions d'état passaient toujours successivement devant les Xviri ou Cviri, uniquement chargés de dire le droit, et devant un ou plusieurs citoyens uniquement chargés au

contraire de fixer, en nature ou en argent, le montant de la dette reconnue par le tribunal permanent antérieurement saisi.

La loi Æbutia, en permettant, au moins indirectement, au préteur d'étendre indéfiniment la procédure formulaire, qu'il n'eût dû, s'il s'en fût tenu à la lettre de cette loi, employer qu'en matière d'actions personnelles *rei persecutoriæ*, eut pour conséquence de rendre la confusion complète, et j'ajouterai inévitable. Désormais en effet le préteur renvoie à un simple particulier, non-seulement les actions personnelles autrefois renvoyées à un *arbiter*, ou à un *judex*, mais encore les actions pénales, les actions d'état, et la plupart des actions réelles. De quelle manière qualifier cette personne? Est-ce un *judex?* est-ce un *arbiter?* Je ne crains pas de dire que, si l'on veut déterminer laquelle des deux dénominations doit lui être plus particulièrement appliquée, l'on se pose une question insoluble. Car d'une part, en fait elle se trouve remplir à la fois les fonctions de juge et celles d'arbitre; et d'autre part, il n'y a, en ces matières, aucune habitude traditionnelle de langage, qui fasse pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre.

Si la dénomination de *judex* l'emporta, cela ne prouve pas qu'il y eût quelque bon motif de la préférer à celle d'*arbiter*. Dans tous les cas, cette victoire même eut pour conséquence de lui enlever sa signification technique primitive. Au sens antique et propre du mot, il n'y a plus, à l'époque classique, en fait de véritables *judices*, que les centumvirs, qui se bornent à dire le droit, sans aucun mélange de fonctions arbitrales, et le juge des actions d'état, qui répond par oui ou non à une question posée. Le mot *judex* étant également employé dans tous les autres cas, pour désigner le citoyen auquel l'action est renvoyée, il faut, si l'on veut que le mot réponde à la réalité, le considérer comme ayant changé de sens, et désignant désormais une personne chargée à la fois de rendre une *sententia*, et de prononcer une *damnatio*, ou, en d'autres termes, de vérifier l'exactitude des allégations du demandeur, et d'imposer, en conséquence de cette vérification, au défendeur, telles prestations déterminées, soit en nature, soit en argent.

IV. — Transformation de la *litis contestatio*.

Antérieurement à la loi Æbutia, les formules solennelles, constituant les *legis actiones*, étaient prononcées en présence d'un certain nombre de témoins. C'est par le récit de ces témoins, que le juge ou l'arbitre était informé de la question litigieuse et du rôle qu'il allait être appelé à jouer.

Il est possible, je l'ai déjà dit, que, dès avant l'abrogation des *legis actiones*, le préteur ait pris l'habitude, une fois les solennités de gestes et de paroles accomplies devant lui, d'en constater l'accomplissement

dans un écrit, qui aurait ensuite été remis au juge ou à l'arbitre. Dans tous les cas, si cette innovation qui eût manifestement eu pour effet de rendre inutiles la présence de témoins *in jure*, et leur déposition *in judicio*, ne se réalisa pas, il est certain que, dès le moment et dans les actions où le préteur se mit à rédiger des formules, leur assistance devint radicalement inutile. Car que pourraient-ils raconter au juge ? Les débats des parties *in jure*, et la délivrance de la formule. Or, le récit des débats est inutile au juge. J'ai déjà eu l'occasion de le dire : ce récit ne pourrait que le jeter souvent dans un grand embarras, et c'est précisément pour lui éviter ces perplexités, que le préteur rédige une formule. Quant au fait de la délivrance de cette formule, il sera bien assez prouvé au juge par la représentation qui lui en sera faite par les parties.

Néanmoins je suis porté à croire que, pendant un certain temps au moins, on continua, à la fin de la procédure *in jure,* à procéder à une *litis contestatio*. Je ne m'expliquerais pas sans cela l'emploi de ce mot dans la procédure formulaire (84).

Dans cet état, la procédure *in jure* se termine par la double circonstance de la délivrance de la formule et de la *litis contestatio*, cette dernière d'ailleurs parfaitement inutile : le juge, sans nul doute, suffisamment informé de son rôle par la formule, ne se donne plus la peine d'entendre les témoins. Si la prise à témoin, la *litis contestatio*, continue cependant d'être usitée, c'est sans doute sous l'influence de cette règle traditionnelle, que c'est cette formalité qui rend irrévocable tout ce qui s'est accompli *in jure*.

Sa complète inutilité cependant, au point de vue de l'information du juge, dut avoir pour résultat de la faire peu à peu négliger. N'a-t-elle point eu lieu, on n'en tient pas moins pour irrévocable ce qui s'est passé *in jure*, alors du moins que la formule a été délivrée. Mais, pour ne point rompre avec la tradition, on la répute accomplie. De cette manière, c'est toujours, en théorie, la *litis contestatio* qui assure l'irrévocabilité de la procédure devant le préteur. En réalité, et pour qui va au fond des choses, c'est la délivrance de la formule qui produit cet effet.

---

(84) De là je conclus *a fortiori* que l'usage de prendre à témoin un certain nombre de personnes à la fin de la procédure *in jure,* dut se maintenir jusqu'à la loi Ælbutia. On peut en conclure, sinon avec certitude, du moins avec vraisemblance, que l'innovation, que j'ai présentée comme possible, et qui eût consisté, de la part du préteur, à constater par écrit l'accomplissement des formalités des *legis actiones*, n'eut en réalité point lieu.

C'est ainsi que j'explique qu'à l'époque classique, le mot *litis contestatio*, absolument détourné de son sens primitif, désigne la délivrance de la formule.

J'ai déjà eu l'occasion de dire que, sous la procédure des *legis actiones*, la *litis contestatio*, ayant pour but et pour effet de constater l'accomplissement des formalités des *legis actiones*, et d'en assurer la preuve, fournissait le moyen d'appliquer en fait la règle : *bis de eadem re lege agi non potest*. Lorsqu'une personne, appelée par une autre devant le magistrat, voulait se soustraire à la *legis actio*, que son adversaire avait l'intention d'accomplir, sous prétexte qu'une *legis actio* identique s'était déjà déroulée antérieurement, elle avait recours au témoignage de ceux qui avaient été pris à témoin, lors de la clôture de cette précédente *legis actio*, qui avaient figuré dans la *litis contestatio*. Devant la preuve ainsi fournie de l'accomplissement antérieur d'une *legis actio* identique à celle que l'une des parties en cause voulait accomplir devant lui, le préteur était tenu de refuser la permission d'y procéder.

Ce que je n'ai pas dit encore, ce sont les points de ressemblance que devaient présenter deux *legis actiones*, pour être considérées comme tombant sous le coup de la règle : *bis de eadem re lege agi non potest*. On n'a rien dit en effet, lorsqu'on a dit que cette règle s'applique à des *legis actiones* identiques, car, étant manifeste que deux *legis actiones*, exercées à des moments différents, diffèrent elles-mêmes nécessairement au moins par certains détails, on voit qu'il est indispensable de préciser les caractères, dont l'identité est exigée pour que la règle soit applicable, qui sont considérés comme d'une importance telle, que, leur identité existant en fait, on n'hésite pas à dire que les deux *legis actiones* sont identiques, quelque dissemblables soient-elles sous tous les autres rapports.

Il me paraît impossible de déterminer directement, c'est-à-dire au moyen de témoignages se référant à la procédure des *legis actiones*, quelles ressemblances devaient exister entre deux actions pour que l'exercice de l'une rendît impossible l'exercice de l'autre. Mais étant donné, ainsi que nous le démontrerons plus loin, que le même résultat, de l'échec d'une action en raison de l'exercice antérieur d'une autre action présentant avec elle certaines ressemblances, continua de se produire après la suppression des *legis actiones* ; étant donné qu'il y a tout lieu de croire que cet échec continua de se produire dans les mêmes circonstances où il avait lieu précédemment, quoique par des moyens différents, nous pouvons, sans crainte de nous tromper, arguer de ce que les textes nous apprennent de l'époque classique, pour déterminer

les caractères auxquels, dès l'époque des *legis actiones*, on reconnaissait l'identité ou la non-identité de deux actions.

Or il me paraît se dégager, de l'ensemble des textes qui traitent de l'échec d'une action, à l'époque classique, en raison de l'exercice antérieur d'une autre action, la règle suivante :

« On ne peut pas demander deux fois la même chose, en vertu de la même cause ». Notez que je laisse de côté l'identité des parties en cause, qui ne me paraît pas une condition de l'application de la règle.

Cette proposition contient les suivantes :

1° On peut demander la même chose une seconde fois, en vertu d'une autre cause que la première fois.

Ceci est confirmé par les textes.

C'est ainsi que l'on peut demander une chose *ex testamento*, quand on l'a déjà demandée *ex stipulatu* (85).

On peut également, après avoir exercé une revendication, exercer une nouvelle revendication portant sur le même objet, en indiquant une cause postérieure à la première *litis contestatio*, ou en indiquant une autre cause que celle qu'on a indiquée dans la première revendication.

De même, après avoir exercé une action *incerta* dans la *demonstratio* de laquelle on a indiqué une certaine cause, par exemple : *quod illa die hominem Erotem emit,* on peut exercer une action *incerta* se référant à une autre cause, par exemple : *quod illa die* (le même jour, si l'on veut, que précèdemment, — avec indication même des mêmes circonstances de prix, de lieu, etc.) *hominem Stichum emit.* En effet, il y a vraiment indication d'une autre cause : une vente portant sur Eros, n'est pas une vente portant sur Stichus. — On objectera que,

---

(85) J'ai l'intention de parler ici de deux *condictiones certi*, exercées successivement et fondées l'une sur un testament, sur un legs, l'autre sur une stipulation. Ce n'est en effet que dans la *condictio certi* que l'on peut *demander une chose déterminée*. Dans la formule de la *condictio incerti*, il ne peut être fait mention d'aucune chose déterminée ; la *demonstratio* en effet ne contient que le mot *incertum : Quod* A^s A^s *de* N^o N^o *incertum stipulatus est,* et l'*intentio* est invariablement : *Quidquid paret* N^m N^m A^o A^o *dare facere oportere. etc.* — Mais on me dira que si, dans la formule de la *condictio certi*, on peut en effet demander une chose déterminée : *si paret* N^m N^m A^o A^o *hominem Stichum dare oportere,* il ne peut y être fait mention de la cause, car la *condictio certi* n'a pas de *demonstratio*. J'en conviens, mais la cause peut faire l'objet d'une *præscriptio* et c'est ce que je suppose implicitement au texte.

dans les deux actions, on ne demande pas la même chose, et que par suite il n'y a pas là un exemple bien choisi, pour prouver que l'on peut demander une chose déjà demandée, en vertu d'une autre cause. A cela je répondrai que l'action *incerta* tendant à : *quidquid paret dare facere oportere,* dans l'un et l'autre cas il y a identité de chose demandée.

Voici encore un autre exemple : Primus a demandé Stichus en vertu de tel testament ; cela n'empêchera pas Secundus de demander Stichus en vertu du même testament. En effet le legs fait à Secundus n'est pas le legs fait à Primus : il y a diversité de causes.

2° On peut alléguer une seconde fois la même cause, pour demander autre chose que ce que l'on a demandé la première fois.

Ceci est également confirmé par les textes.

C'est ainsi que l'on peut réclamer *hominem Stichum* en vertu de tel testament, après avoir demandé *hominem Erotem* en vertu de ce même testament.

On peut aussi réclamer 10 en vertu de la même stipulation, en vertu de laquelle on a déjà demandé 10, mais en ayant soin de dire qu'il s'agit, non point de la somme déjà réclamée, mais d'une nouvelle somme de 10.

Ayant ainsi établi, en argumentant de notre principe même, les cas où il ne s'applique pas, il est facile de se rendre compte des cas où il s'applique. En voici des exemples.

On ne peut pas demander deux fois Stichus *ex stipulatu*, à moins que la stipulation invoquée la seconde fois soit postérieure à la première *litis contestatio*, ou qu'elle soit différente de la stipulation invoquée la première fois (86).

On ne peut pas exercer une *condictio certi* à raison d'un objet que l'on a déjà réclamé par une *condictio certi* sans désignation de cause, à moins que, dans la seconde, on n'indique une cause postérieure à la première *litis contestatio*.

On ne peut pas exercer une seconde revendication à raison d'un même objet, sauf si l'on invoque, la seconde fois, une cause postérieure à la première *litis contestatio*, ou une cause différente de celle qui avait été assignée à la première revendication.

---

(86) C'est parce qu'il n'y a qu'une stipulation, portant sur un seul et même objet, dans le cas de corréalité, que l'action exercée contre un *correus*, empêche toute action contre un autre.

On ne peut pas exercer deux fois une action incertaine, ayant la même *demonstratio,* à moins que la première action n'ait, au moyen d'une *præscriptio,* été restreinte à un certain objet, car sans cela on demanderait deux fois, en vertu de la même cause (même *demonstratio*), la même chose (*quidquid paret dare facere oportere*).

Dans la détermination de l'identité de la chose demandée, les Romains s'attachent étroitement à l'objet matériel, ou au fait promis. Du moment que le même objet matériel, ou le même fait apparaît dans la seconde formule, en tant que demandé, il y a pour eux identité de chose, et par suite, s'il s'y joint l'identité de cause, irrecevabilité de la seconde action. On a beau demander ce même objet en un autre temps, ou en un autre lieu, ou isolément, alors que la première fois on l'avait demandé comme partie intégrante d'un tout plus étendu. C'est le même objet : il y a donc identité de la chose. De là les résultats fâcheux de la *plus petitio tempore, loco* ou *re,* je veux dire de l'inexactitude de la première formule relativement au temps, au lieu ou à l'objet (en tant que l'objet demandé n'est pas dû en entier). Cette inexactitude a pour résultat que la première action échoue, et l'on ne peut rien reprendre à cette décision. Mais de plus la seconde action, supposée intentée au temps et au lieu voulus, et réduite à l'objet dû, échoue comme ayant trait à la même chose que l'action précédente, — et ce résultat ne saurait être trop critiqué.

Ce qui précède me paraît rendre compte de toutes les décisions éparses dans les textes, — sauf de celle-ci : après avoir demandé Stichus à telle personne, je ne pourrais lui demander un esclave *in genere.* D'après notre principe, la seconde action serait recevable, car il n'y a pas même chose demandée. Comment sortir de là? Bien simplement : je nie que cette décision soit romaine. Sans doute quand, ayant droit à un esclave *in genere,* je réclame Stichus, j'échoue, mais en résulte-t-il que je ne puisse réclamer ensuite un esclave *in genere?* Je ne vois pas la nécessité de ce résultat? Que disent les textes ? qu'il y a *plus petitio* (Gaius, IV, 53 b). Qu'est-ce à dire ? Que la première action échoue. D'accord. Disent-ils que la seconde est inadmissible ? Pas le moins du monde. On attache au mot *plus petitio,* au mot *causa cadit,* un sens complexe ; chaque fois qu'ils sont employés, on veut que le jurisconsulte ait en vue de statuer à la fois sur les deux actions. Cela me paraît bien hasardé. Cela me paraît inexact. En veut-on une preuve? C'est ce que dit Gaius de l'action *incerta* (IV, 54). Il n'y a point, en telle matière, de *plus petitio,* dit Gaius. Cela veut dire, si les mots *plus petitio* ont le sens complexe qu'on leur attribue, de : exagération d'une première demande, et irrecevabilité d'une nouvelle action, — cela veut dire que : ni la pre-

mière demande n'est exagérée, ni la seconde action n'est irrecevable. Or le premier point est exact sans doute, mais le second est faux, tout ce qu'il y a de plus faux.

C'est dans les limites que nous avons posées, que deux actions sont considérées comme identiques, au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire que l'exercice de l'une rend impossible l'exercice de l'autre. Gaius nous dit (IV, 108) qu'à l'époque des *legis actiones*, la seconde action était impossible *ipso jure*.

Cette règle étant posée par lui d'une manière absolument générale, il n'y a pas à distinguer. Il faut dire qu'elle s'applique aux actions réelles, aussi bien qu'aux actions personnelles ; aux actions pouvant donner lieu à un *judicium* ou à un *arbitrium imperio continens*, aussi bien qu'à celles qui donnent lieu à un *judicium* ou à un *arbitrium legitimum*.

On m'objectera, sur ce dernier point, que sans doute la distinction des *judicia* ou *arbitria legitima* et *imperio continentia* n'existait pas à l'époque des *legis actiones*.

Je réponds en demandant que l'on veuille bien préciser ce que l'on entend par là. Veut-on dire qu'à cette époque un *judicium* ou un *arbitrium* ne se pouvait concevoir qu'entre citoyens romains, avec renvoi à un seul juge, le tout à Rome ou dans le premier mille autour de la ville ? — ou bien veut-on dire qu'il pouvait y avoir organisation d'un *judicium* ou *arbitrium*, nonobstant le défaut de l'une ou l'autre de ces conditions, mais que ce *judicium* était absolument soumis aux mêmes règles que si toutes ces conditions avaient été réunies ? Il me semble qu'en disant que la distinction des *judicia* ou *arbitria legitima* et *imperio continentia* n'existait pas à l'époque des *legis actiones*, on ne peut vouloir dire que l'une ou l'autre de ces deux choses.

Mais la première est insoutenable. Sans me préoccuper des deux autres circonstances qui, selon cette opinon, eussent été indispensables pour l'organisation d'un *judicium* ou d'un *arbitrium*, je remarque que Gaius (IV, 31) parle de *legis actio* accomplie devant le préteur pérégrin, c'est-à-dire entre parties dont l'une au moins était pérégrine. Sans doute qu'à la suite de cette *legis actio*, venait un *judicium* ou un *arbitrium*. Il n'est donc pas vrai de dire qu'à l'époque des *legis actiones*, il ne pouvait être question que d'*arbitria* ou de *judicia* remplissant les conditions des *judicia* ou *arbitria legitima* de l'époque postérieure.

Ce point établi, est-il à croire que le *judicium* ou l'*arbitrium*, auquel manquait une de ces trois circonstances, fût soumis aux mêmes règles que ceux où elles étaient réunies ? Je ne saurais l'admettre, par le motif que, s'il en eût été ainsi, la distinction des *judicia* en *legitima* et *impe-*

rio continentia n'eût jamais pris naissance. Soumis à des règles différentes, notamment en ce qui concerne leur durée, ces *judicia* ou *arbitria* portaient sans doute déjà le nom qu'ils eurent plus tard. J'ai donc eu raison de parler de *judicia* ou *arbitria imperio continentia* organisés à la suite d'une *legis actio*.

Cette règle, ainsi applicable en général, n'avait point pour résultat nécessaire de faire considérer comme éteint le droit déduit en justice : le droit subsistait, mais il n'était plus possible d'exercer une *legis actio* déjà exercée. C'est ce que prouve l'existence de l'*in jure cessio* : le droit de propriété déduit en justice n'est pas éteint, il subsiste après la *legis actio*.

Il en est ainsi quelle que soit la *legis actio* exercée, je veux dire : qu'elle soit destinée à être suivie d'un *judicium* ou d'un *arbitrium*.

Le *judicium* même, organisé à la suite de cette *legis actio*, et terminé, ne change rien à la situation antérieure. Le droit qui a pu exister avant la *legis actio* subsiste toujours ; mais bien entendu il ne peut être question d'exercer, à raison de ce droit, une nouvelle *legis actio* identique à celle qui a été exercée. La survivance du droit au *judicium* me paraît n'avoir pu faire l'objet d'aucun doute. Il serait contradictoire qu'une procédure dont le but est de vérifier si le droit existe, pût être considérée comme éteignant ce droit. Bien loin d'être éteint, ce droit est plus vivant que jamais ; il va servir de fondement aux voies d'exécution, ou aux préliminaires nécessaires de ces voies d'exécution (*manus injectio*, — *arbitrium rei præstandæ* ou *litis æstimandæ*).

Au contraire dans le cas d'*arbitria* (je ne parle ici que de ceux qui sont *legitima*), il me paraît que la théorie dut arriver peu à peu à admettre que le prononcé de la *damnatio* et même l'organisation de l'*arbitrium* pouvait être considérée comme un véritable mode d'extinction du droit ayant servi de fondement à l'action.

Que l'on considère en effet l'*arbitrium rei præstandæ*. Organisé en vertu d'un droit dont le *judicium* précédent a mis l'existence hors de doute, cet *arbitrium* substitue, à l'objet non liquide de ce droit, une prestation déterminée que le défendeur devra accomplir, sous peine de poursuites ultérieures. On peut dire que le droit primitif a totalement disparu. Non-seulement il ne peut plus donner lieu à la *legis actio sacramenti*, mais il ne peut même plus être exécuté en nature dans les conditions où il aurait pu l'être avant la *legis actio sacramenti*, ou même après le *judicium*, suite de cette *legis actio*. Ce qui doit être exécuté, c'est la prestation déterminée par l'arbitre. Sans doute cette prestation doit théoriquement correspondre exactement à ce qui était dû ; sans doute, si l'on pouvait être assuré de la réalisation parfaite de

cette concordance, il faudrait dire que l'exécution de cette prestation sera l'exécution même du droit primitif. Mais cette certitude, on ne l'aura jamais, et l'on pourra toujours prétendre que ce qui est dû de par l'*arbitrium* n'est point identique à ce qui était dû primitivement. Que reste-t-il donc du droit primitif ? Rien. De là à dire qu'il est éteint, il n'y a qu'un pas. J'estime qu'il dut être franchi de bonne heure.

Remarquez que cette extinction ne doit pas être retardée jusqu'au moment du prononcé de la *damnatio*, mais bien placée au moment de l'organisation de l'*arbitrium*. C'est de ce moment en effet que l'exécution du droit primitif devient impossible.

Ce que nous venons de dire de l'*arbitrium rei præstandæ*, est encore plus vrai, si c'est possible, de l'*arbitrium litis æstimandæ*. Cet *arbitrium*, en effet, le plus souvent change la nature de l'objet dû; dans tous les cas, il en change l'importance, puisqu'il porte sur le double de la valeur de cet objet. Il nous faut donc dire que la *litis contestatio*, qui clôt la *postulatio arbitri litis æstimandæ*, et rend irrévocable l'organisation de cet *arbitrium*, éteint le droit antérieur à cette *litis contestatio* (ce droit est le droit absolument primitif, s'il n'y a pas eu d'*arbitrium rei præstandæ;* — ou le droit résultant de cet *arbitrium*, s'il y en a eu un).

Ce que nous venons de dire de l'effet extinctif des *arbitria*, ou mieux des *litis contestationes* de l'*arbitri postulatio*, n'est vrai que sous le bénéfice d'une remarque et d'une restriction.

La remarque a trait aux actions réelles. Le droit réel n'est jamais éteint par aucune *litis contestatio*. Il n'y a point là d'exception aux principes que nous venons de poser. Ce résultat tient à ce que jamais le droit réel n'est soumis à l'examen d'un arbitre. Il n'est jamais soumis qu'à l'examen d'un juge, dont la sentence, constatant l'existence de la propriété, ne peut être considérée comme l'éteignant. Postérieurement à ce *judicium*, il y en aura sans doute un autre pour vérifier l'existence de la promesse de restitution faite par celui qui a obtenu les *vindiciæ;* puis, s'il n'y a point restitution en nature, il y aura un *arbitrium litis æstimandæ*, qui aboutira à une condamnation au double; mais ni ce second *judicium*, ni cet *arbitrium* n'ont trait au droit de propriété. Celui-ci ne peut donc être considéré comme éteint par eux. Sans doute, ce droit de propriété ne peut plus donner lieu à la *legis actio sacramenti* contre la personne du défendeur, mais il peut être invoqué contre toute autre.

La restriction a trait aux *arbitria* organisés en l'absence de l'une des circonstances, dont la réunion est exigée plus tard pour que le *judicium* soit considéré comme *legitimum*. C'est ainsi que dans le cas où un

arbitrium était organisé entre parties, dont l'une avait la qualité de pérégrin, il ne pouvait, à mon sens, être question d'extinction du droit antérieur à cette organisation. Le motif, c'est qu'en réalité il n'y avait point de droit à éteindre. Que l'on me comprenne bien. Nous supposons une action régulièrement intentée par ou contre un pérégrin. A raison de la régularité même de cette action, on peut dire qu'il avait le droit d'agir, ou qu'on avait le droit d'agir contre lui. Je ne prétends pas le nier. Mais je crois que ce droit d'agir ne répondait pas, comme entre citoyens, à un droit antérieur, et différent de l'action. Il pouvait agir, sans pour cela être considéré comme créancier ; il pouvait être poursuivi, sans pour cela être considéré comme débiteur. Que l'on ne se récrie pas : une situation tout à fait analogue se produira plus tard en matière d'actions *in factum*. Cette manière d'envisager la situation du pérégrin cadre parfaitement avec ce que nous dit Gaius (IV, 37) de l'*actio furti* intentée par ou contre un pérégrin. Le pérégrin peut exercer l'action *furti*, et cependant il n'est pas propriétaire de l'objet volé. Comment donc peut-il exercer cette action? C'est que l'on feint qu'il soit Romain. Cette supposition, sans doute, rend l'action possible, mais elle ne fait pas qu'il soit propriétaire. A l'inverse, si, pour soumettre le pérégrin à l'action *furti*, on use de la même fiction, c'est donc qu'il n'est pas tenu par le fait du vol, qu'il n'est point obligé. Sans doute la fiction rend l'action possible, mais elle ne fait pas qu'il soit débiteur. Si donc cette action donne lieu à un *arbitrium*, il ne pourra être question d'extinction du droit du demandeur : on ne peut parler d'extinction de ce qui n'existe pas.

Cela dit, pour le cas où l'*arbitrium* est organisé entre parties dont l'une est pérégrine, j'ajoute que sans doute, au début, il ne pouvait être question de récupérateurs, ou d'organisation d'un *arbitrium* en dehors de Rome, que lorsque l'un des plaideurs était pérégrin. Si donc il ne pouvait être parlé d'extinction du droit par un *arbitrium* organisé en dehors de Rome ou confié à des récupérateurs, c'est pour le motif même que j'ai signalé plus haut.

Il importe de remarquer que la doctrine de l'extinction du droit donnant lieu à un *arbitrium*, par l'organisation de cet *arbitrium*, était, à l'époque des *legis actiones*, une simple vue de l'esprit, une conclusion théorique, sans aucune portée pratique. Peu importait que le droit fût considéré comme éteint, ou comme subsistant, mais sans effets. Cette doctrine ne devait point cependant rester stérile. L'abrogation des *legis actiones* lui réservait un rôle important, d'autant plus important que, par la suite des temps, le nombre des *arbitria* avait considérablement augmenté, et que même un grand nombre de *judicia* avaient fini par participer de la nature de l'*arbitrium*.

Ces progrès accomplis, et par suite la doctrine de l'extinction du droit par la *litis contestatio* ayant trouvé un plus grand nonbre d'applications, survint la suppression, au moins partielle, des *legis actiones* par la loi Ælutia, et l'introduction de la procédure formulaire, peu à peu étendue à presque toutes les actions.

Ces changements eurent évidemment pour résultat, au point de vue qui nous occupe, la disparition de la règle que la même *legis actio* ne peut être exercée deux fois. En d'autres termes, après l'exercice d'une action ayant donné lieu à la délivrance d'une formule, aucun principe général ne s'opposait à l'exercice d'une nouvelle action, identique à la première. Ce qui jadis empêchait l'exercice de cette seconde action, c'était, et cette règle suffisait, la règle que la même *legis actio* ne pouvait être exercée deux fois. Mais cette règle n'était plus applicable, puisqu'il n'y avait plus de *legis actiones*. Pour obvier à cela, le préteur, désireux d'empêcher, comme par le passé, l'exercice de deux actions identiques, crée l'exception *rei in judicium deductæ*.

Cette exception sera-t-elle donc d'un usage général? s'appliquera-t-elle dans tous les cas, où s'appliquait jadis la règle : *non bis eadem legis actio?* Non. Résultat inattendu de la théorie de l'extinction du droit par la *litis contestatio,* cette exception est le plus souvent inutile, par ce motif que le droit éteint ne peut *ipso jure* pas fonder d'action. L'exception *rei in judicium deductæ* ne sera nécessaire que s'il s'agit d'une action réelle, ou d'une action donnant lieu à un *judicium imperio continens*. Plus tard, quand le préteur aura créé des actions *in factum,* l'exception *rei in judicium deductæ,* trouvera là une nouvelle application, sur laquelle, étant donné ce qui précède, je ne crois pas nécessaire d'insister (87).

---

(87) Je dois revenir ici sur un point que, plus haut, j'ai dû laisser en souffrance. J'ai essayé de fonder une théorie générale des risques en matière de contrats de bonne foi, en assimilant, à un certain point de vue, l'obligation à terme, à l'obligation sous condition. J'ai dit que, pour moi, l'obligation à terme ne prend réellement naissance qu'à l'arrivée du terme, comme l'obligation sous condition ne prend naissance qu'à la réalisation de la condition. J'ai dit que l'on m'objecterait qu'avec ma manière de voir, il est impossible d'expliquer que l'action exercée avant l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition, puisse être renouvelée, une fois la condition accomplie, et ne le puisse pas après l'échéance du terme. C'est à cette objection que je veux maintenant répondre.

J'estime qu'à l'époque des *legis actiones,* à l'époque où régnait la règle *non bis de eadem re lege agi potest;* l'action ne pouvait être renouvelée ni après l'échéance du terme, ni après l'arrivée de la condition. Nous avons vu en effet que lorsqu'une action portait sur la même cause et sur le même objet qu'une action précédemment intentée, elle ne pouvait être exercée. Or, lorsque, après avoir agi avant l'échéance du terme ou la réalisation de la condition, le créancier voulait agir à nouveau après ces évènements, la seconde action portait évidemment sur la même chose et sur la

même cause, que la première. Comme telle, elle ne devait pas pouvoir être exercée, et je ne doute pas qu'en effet elle n'échouât devant la règle : *non bis de eadem re lege agi potest.*

Nous savons qu'après la suppression des *legis actiones*, à défaut de la règle : *non bis eadem legis actio*, le même résultat de l'échec d'une action portant sur la même chose et la même cause qu'une action précédemment exercée, est obtenu, soit par le fait de l'extinction du droit par la première *litis contestatio*, soit subsidiairement par l'exception *rei in judicium deductæ*. Logiquement, c'est par l'exception *rei in judicium deductæ* qu'eût dû échouer l'action intentée après l'arrivée du terme, ou après la réalisation de la condition, lorsqu'une action avait été antérieurement exercée, avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition, car en bonne logique la *litis contestatio* de cette première action ne devait point être considérée comme ayant éteint un droit qui n'existait pas encore. Or cela fut bien admis pour l'action née d'un droit conditionnel, je veux dire que la première action ne fut point considérée comme ayant éteint le droit, et que l'on eut par conséquent recours, pour paralyser la seconde, à l'exception *rei in judicium deductæ*. Mais on imagina de dire que l'action exercée avant l'échéance du terme avait éteint le droit. Quoique ce point ne soit pas exact, — puisque, si le débiteur à terme peut être considéré comme tenu dès avant l'échéance du terme, car il le sera certainement un jour, à moins de circonstances exceptionnelles, cette certitude n'est pas entière, — je ne crois pas qu'il ait été admis par les Romains par suite d'une erreur. En somme, il était certain que l'action exercée après l'échéance du terme, lorsqu'une action avait été exercée avant le terme, devait échouer. La question était de savoir si elle échouerait *per exceptionem* ou *ipso jure*. Il n'est pas téméraire de croire que l'on était en général plus favorable à ce dernier parti qu'au premier, car par ce moyen le débiteur n'était pas exposé à oublier d'opposer l'exception. Ce fut sans doute pour cela que les Romains admirent, au prix d'une légère inexactitude, que l'action, intentée avant le terme, serait considérée comme ayant éteint le droit. S'ils ne prirent pas la même décision relativement à l'action intentée *pendente conditione*, c'est qu'ils ne le pouvaient absolument pas.

Pendant longtemps d'ailleurs, l'inexactitude de la décision prise relativement à l'action intentée avant le terme fut sans inconvénient : que l'action intentée après le terme échouât *ipso jure* au lieu d'échouer *per exceptionem*, cela importait peu au créancier. Mais il vint un moment où cette inexactiude eut de regrettables résultats pratiques. Il vint un moment en effet où l'on imagina de considérer comme dolosif de la part du débiteur sous condition, actionné après la réalisation de la condition, de se prévaloir de l'exceptiou *rei in judicium deductæ* à raison d'une action exercée *pendente conditione*. Dès lors le créancier fut autorisé à paralyser cette exception par une *replicatio doli* ; de là la règle que l'on peut avec succès renouveler, après la réalisation de la condition, l'action prématurément exercée avant. Le fait du débiteur à terme qui, après l'échéance du terme, refuse de payer sous prétexte qu'il a été actionné avant l'arrivée du terme, est certes tout aussi dolosif. Mais il n'y a aucun moyen de réprimer ce dol. Ce n'est point en effet par une exception, à laquelle il serait possible de répondre par une *replicatio doli*, qu'il se soustrait à l'obligation de payer ; c'est en opposant l'extinction de sa dette, et à ce moyen de défense, il n'y a rien à répondre. De là la règle que l'action intentée avant l'échéance du terme ne peut être renouvelée après l'arrivée du terme.

On voit qu'il n'y a rien à tirer de la comparaison de cette règle avec celle qui est admise en matière d'obligation sous condition, pour combattre la théorie que nous avons proposée sur la véritable nature de l'obligation à terme.

CHAPITRE IV

MODIFICATIONS APPORTÉES A LA THÉORIE DES ACTIONS DANS LE SYSTÈME FORMULAIRE

Les modifications apportées à la théorie des actions par l'abrogation des *legis actiones*, modifications que nous avons étudiées dans le chapitre précédent, furent d'une importance capitale. Cette liberté illimitée d'organiser des actions selon ce qui lui paraîtrait équitable, qui résulta pour le préteur de la suppression des solennités de gestes et de paroles, indispensables jusque-là pour l'organisation d'un *judicium*, devait être et fut en effet largement mise à profit par lui.

Il ne saurait entrer dans notre pensée de passer en revue, ni même d'énumérer toutes les créations qu'elle permit au préteur d'effectuer successivement. Aussi bien la plupart de ces créations réalisèrent des progrès de détail, dignes, le plus souvent, de tout éloge, mais sans influence sur l'ensemble, ou du moins quelqu'une des grandes lignes de la théorie des actions. Leur étude ne rentre donc pas dans le cadre que nous nous sommes tracé.

Pour rester dans les limites de notre sujet, nous n'avons à parler ici que de celles des innovations du préteur qui, par leur caractère de généralité, ou par les nouveaux principes qu'elles firent pénétrer dans la théorie des actions, peuvent être considérées comme ayant eu pour effet de modifier ou de compléter l'un ou l'autre des points fondamentaux de cette théorie.

Nous essayerons de donner le tableau de ces innovations dans les quatre articles suivants.

ARTICLE I

ACTIONS DE BONNE FOI

Nous savons qu'à l'époque qui précède immédiatement la loi Ebutia, il n'y a qu'une seule action de bonne foi, portant, il est vrai, des noms différents, selon la variété des circonstances dans lesquelles s'est produite la stipulation qui lui a donné naissance, mais toujours identique à

elle-même au point de vue de l'acte juridique d'où elle dérive, car cet acte ne peut être qu'une stipulation accompagnée de *clausula doli*. La loi Ælutia ne vint par elle-même apporter aucune modification à cet état de choses. Il ne fut changé que par l'initiative du préteur, qui, comme nous l'avons expliqué plus haut, s'avisa un jour de modifier la formule, qu'il avait, pour l'appliquer à l'action née d'une stipulation avec *clausula doli*, calquée sur les anciennes formules de l'*arbitri postulatio*, et par conséquent sur la loi. La modification consista à supprimer les mots : *ex stipulatu*, qui figuraient dans cette formule, d'où il résulta que l'arbitre se trouva, par la formule ainsi modifiée, invité à statuer, à prononcer des condamnations, chaque fois que les circonstances constituant une vente, un mandat, etc., se trouveraient réunies, encore bien que le consentement des parties n'eût pas été manifesté dans les formes de la stipulation.

Je n'ai pas à revenir sur les considérations multiples, qui m'ont porté à me faire cette idée de la genèse des actions de bonne foi. Je me bornerai à faire remarquer que ce que nous savons du développement de l'action *rei uxoriæ*, concorde parfaitement avec cette idée. Véritable action *ex stipulatu*, dans laquelle il est tenu compte de l'équité à raison de la rédaction même de la stipulation d'où elle dérive, elle n'acquiert une existence propre, que par suite d'une fiction, admise plus tard, en vertu de laquelle la stipulation est réputée faite, chaque fois que se trouvent réunies les circonstances dans lesquelles elle avait coutume de se produire.

Cette évolution, qu'à mon avis, subirent toutes les actions de bonne foi, eut les conséquences les plus importantes pour la théorie romaine des sources des obligations. Désormais il n'est plus vrai de dire que la stipulation est, avec la *nexi obligatio*, le seul mode volontaire de créer une obligation, le seul contrat. A ce contrat, il faut en ajouter autant qu'il y a d'opérations distinctes donnant naissance à des actions de bonne foi. Ces opérations n'ont plus seulement une individualité juridique distincte, en ce sens qu'elles peuvent, vivifiées par la stipulation, produire des effets distincts, mais encore une existence propre, qui les met sur le même pied que la stipulation elle-même.

Inutile d'insister sur l'incontestable progrès qui se trouve ainsi réalisé. Qu'il me soit permis cependant de hasarder l'opinion, que ce progrès eût été peut-être bien plus considérable encore, si l'œuvre des prudents de l'époque antérieure n'eût pas été accomplie. Cette œuvre, on le sait, consista à prévoir les résultats que devrait produire l'application, aux opérations les plus fréquentes du commerce juridique, du principe en vertu duquel, grâce à la *clausula doli*, le dol du demandeur devait être

réprimé. Ils arrivèrent par là à attacher aux noms de ces opérations une signification technique, sur laquelle nous avons longuement insisté, et par suite à désigner sous des noms divers l'action née d'une stipulation accompagnée de *clausula doli*. De là il résulta que, lorsque le préteur eut acquis la faculté de délivrer des formules, comme il l'entendrait, ses innovations, en la matière qui nous occupe, se bornèrent à charger le juge de statuer alors que se trouveraient réunies, à l'exception de la stipulation, les conditions dans lesquelles se donnaient jusque-là les actions *empti, locati*, etc. Si ces dénominations n'eussent point existé, si les diverses opérations auxquelles elles se rattachent n'eussent point été analysées et décrites par les prudents, si, en un mot, cette analyse même n'eût pas, jusqu'à un certain point, fait perdre de vue que c'était la stipulation, et la stipulation seule qui servait de fondement à ces actions, qui sait si le préteur n'eût pas décidé que désormais le consentement obligerait, indépendamment de toute stipulation, non point seulement dans les hypothèses spécialement étudiées par les prudents, mais en général et quelles que fussent les circonstances?

Mais, si les circonstances amenèrent le préteur à un système moins général, et j'ajouterai moins logique, il faut reconnaître qu'il ne cessa de l'améliorer. J'ai signalé déjà la création de l'action *præscriptis verbis*. Nous expliquerons comment cette action fut, dans la suite, et grâce aux efforts des Proculiens, étendue hors de ses limites primitives, et comment cette extension servit de fondement à toute la théorie des contrats innommés. D'autres innovations eurent lieu, relatives aux diverses actions de bonne foi en particulier. Je n'ai pas à en donner le détail. Je ne veux qu'attirer l'attention sur une création du préteur, réalisée peu de temps sans doute après la loi Ebutia, je veux parler de la création des actions contraires à la suite des actes synallagmatiques imparfaits.

J'ai dit que la *clausula doli*, insérée dans une stipulation, a cet effet important de permettre au juge, chargé de statuer sur l'action née de cette stipulation, de diminuer la condamnation, chaque fois et en tant que le demandeur ne pourrait obtenir sans dol ce qui lui est dû. L'une des règles déduites de ce principe, — celle en vertu de laquelle le demandeur voit la condamnation diminuée, dans le cas où il a lui-même commis un dol ou une faute, d'une valeur équivalente à l'importance du dommage qui en est résulté pour le défendeur, — a pour résultat d'assurer la plupart du temps la réparation du dommage causé au défendeur. Mais il n'en est pas toujours ainsi : si cette réparation est obtenue, d'une part, ce n'est qu'à la condition que le demandeur agisse, et, d'autre part, ce ne peut être que jusqu'à concurrence de l'importance

de la dette du défendeur. Ce double inconvénient, qui évidemment n'existait pas dans les cas où le demandeur avait lui-même fait une promesse accompagnée de *clausula doli*, survécut, dans les cas où il n'y avait de promesse que de la part du défendeur, à la transformation, par le préteur, des actions de bonne foi en actions subsistant par elles-mêmes, et se donnant indépendamment de toute stipulation. Mais la même faculté de modifier les formules, et d'en délivrer dans des circonstances, dans lesquelles il n'était pas jusqu'alors possible d'agir en justice, qui lui avait permis de réaliser cette innovation, lui permettait évidemment de remédier à ce double inconvénient : il n'avait pour cela qu'à accorder au défendeur une action, pour réclamer au demandeur la réparation intégrale du dommage que celui-ci lui avait causé par dol ou faute, pour la lui réclamer, alors même que celui-ci n'agissait point. Ce qui fut fait.

C'est ainsi que j'explique la création des actions contraires, qui, dans la théorie classique, dérivent des actes unilatéraux donnant naissance à des actions de bonne foi, et cette explication est confirmée par ce que les textes nous apprennent de l'*actio contraria tutelæ* (l. 1, pr., D., *de contr. tut.*, XXVII, 4) (88).

ARTICLE II

EXCEPTION DE DOL

Ce qui caractérise l'action de bonne foi de l'époque des *legis actiones*, ce qui continue de caractériser l'action de bonne foi de l'époque formu-

(88) L'action contraire ne rend d'ailleurs pas seulement les services que nous avons dits. Elle est elle-même de bonne foi, donc incertaine. Elle permet par conséquent au juge de réprimer tout dol de celui contre lequel elle est exercée. Il résulte de là qu'elle permet notamment au débiteur qui l'exerce d'obtenir la restitution de ce qu'il aurait fourni *sine causa*. Je relève de cette idée deux applications importantes :

1° Le débiteur, ayant, à la suite de l'action de bonne foi, de l'action directe exercée contre lui, réparé tout le dommage causé au créancier, est actionné ensuite par une autre action ne se limitant pas à la réparation du dommage. Au lieu de *condictio sine causa*, il exercera l'action contraire pour se faire restituer par le créancier, ce que celui-ci n'eût point obtenu par l'action directe, si cette action avait été exercée la seconde, car il y aurait dol de sa part à le retenir.

2° Le débiteur s'étant engagé *sine causa*, c'est-à-dire en vue d'une circonstance qui fait défaut, a ensuite exécuté sans être désabusé ; il pourra, au lieu de *condictio sine causa*, exercer l'action contraire pour se faire restituer ce qu'il a fourni, car ici encore il y aurait dol, de la part du créancier, à le retenir.

Deux graves inconvénients ont ainsi complètement disparu du domaine des actions de bonne foi.

laire, c'est, nous l'avons dit, que le juge y tient compte du dol du demandeur.

Non point sans doute que cette action ne se puisse distinguer d'une autre action quelconque que par ce caractère, car il résulte de tout ce que nous avons dit jusqu'ici, que l'action de bonne foi, en quelque sorte avant d'être de bonne foi, est réipersécutoire, — ce qui suffit à la distinguer de toutes les actions pénales, — personnelle, — elle ne saurait donc être confondue avec aucune action réelle, — incertaine, — ce qui la sépare nettement de toute action réipersécutoire personnelle certaine. Ce qui est vrai, c'est que, d'une part, ce caractère particulier est le seul qui permette de la distinguer des autres actions personnelles incertaines; c'est, d'autre part, qu'aucune autre action n'applique comme elle le principe de la répression du dol du demandeur.

Vers le milieu du VII[e] siècle de Rome, un préteur, nommé Cassius, imagina une exception, moyennant l'insertion de laquelle, dans une action quelconque, le juge de cette action reçut le pouvoir, et même fut soumis à l'obligation de tenir compte du dol du demandeur. Cette exception, pour ce motif, prit le nom d'exception de dol.

Les applications que l'on en fit furent innombrables. Il n'est, pour ainsi dire, pas de page du Digeste où l'on n'en trouve quelqu'une. On se fera une idée de l'importance de cette création, si l'on songe aux conséquences nombreuses et variées, que le juge de l'action de bonne foi avait su tirer de ce principe de la répression du dol du demandeur, dont l'exception de dol, insérée dans la formule d'une action, le charge précisément de tenir compte, quelle que soit cette action.

Je ne veux point dire par là que les règles diverses, que le juge de l'action de bonne foi avait déduites du principe de la répression du dol du demandeur, furent appliquées intégralement à toutes les actions, dans la formule desquelles le défendeur avait eu soin de faire inscrire l'exception de dol. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de le dire, en parlant de ces règles mêmes, ce qui peut être considéré comme un dol de la part d'un demandeur dans certaines conditions déterminées, n'est point forcément considéré comme tel de la part d'un demandeur quelconque : tout dépend des circonstances. S'il en est ainsi alors qu'il s'agit d'actions de même nature, — si, par exemple, ainsi que nous l'avons dit, le demandeur à une action personnelle incertaine peut ou non réclamer sans dol la réparation du préjudice qui est résulté pour lui d'une faute du défendeur, selon que ce défendeur est ou non intéressé dans l'affaire conclue entre eux, — on conçoit qu'à bien plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'actions de nature différente, le même fait, la même prétention du demandeur puisse, selon les circonstances,

être regardée tantôt comme entachée, tantôt comme exempte de dol.

Cette remarque essentielle expliquera, je pense, que je ne puisse songer à dresser la liste des applications de l'exception de dol. Qu'il me suffise, après avoir signalé l'apparition de ce moyen de procédure, dont la pratique romaine sut tirer tant et de si importants résultats, d'attirer l'attention sur trois points, dont la suite de cette étude démontrera l'influence sur différentes parties de la théorie des actions.

I. — En premier lieu, je note que, en suite de l'insertion de l'exception de dol dans une action personnelle réipersécutoire, en d'autres termes, dans une *condictio certi* ou *incerti*, le juge de cette action réprime le dol du demandeur, précisément dans la mesure où le fait le juge de l'action de bonne foi. Il applique intégralement les six règles que le juge de l'action née d'un acte accompagné de *clausula doli*, avait jadis déduites du nouveau principe que cette *clausula* lui avait permis d'appliquer, et qui depuis avaient continué d'être observées par le juge de l'action de bonne foi.

On voit que, si la *condictio certi* munie de l'exception de dol ne peut, quoique se rapprochant de l'action de bonne foi, être confondue avec elle, car le juge n'y applique toujours pas le principe de la répression du dol du défendeur, et ne peut toujours pas étendre sa condamnation au-delà de la valeur de la *res*, tout au contraire la *condictio incerti* munie de l'exception de dol, se confond absolument avec l'action de bonne foi. La seule différence en effet qui existe entre la *condictio incerti* et l'action de bonne foi, dans lesquelles il est également tenu compte du principe *cuique suum* et du principe de la répression du dol du défendeur, c'est que la première ne réprime pas, tandis que la seconde réprime le dol du demandeur. L'exception de dol, ayant précisément pour effet d'introduire ce dernier principe dans la *condictio incerti*, on voit qu'il n'y a plus aucune différence entre la *condictio incerti* munie de l'exception de dol, et l'action de bonne foi.

Il résulte notamment, de ce que le juge de l'action réipersécutoire personnelle, munie de l'exception de dol, statue, en ce qui concerne la répression du dol du demandeur, absolument de la même manière que le juge de l'action de bonne foi :

D'une part, que le demandeur à une action personnelle réipersécutoire quelconque, ne peut obtenir aucune condamnation, si la promesse, qui a donné naissance à l'action, ne lui a été faite qu'en vue d'une circonstance donnée, d'une *causa*, qui fait défaut ;

D'autre part, que ce demandeur ne peut obtenir de condamnation, lorsqu'en fait une action quelconque, soit réelle, soit pénale, antérieu-

rement exercée, a contribué à réparer le dommage éprouvé par lui, que dans la mesure où cette réparation n'a pas été complète.

Ces deux résultats se produisent de plein droit, si l'action est de bonne foi, — *per exceptionem doli*, si elle ne l'est pas.

Bien entendu, ces deux résultats ne sont pas les seuls que produise, dans l'action personnelle réipersécutoire non de bonne foi, l'insertion de l'exception de dol. Si je n'insiste que sur ces deux-là, c'est pour relever, relativement à l'action personnelle réipersécutoire non de bonne foi, deux particularités, en tout semblables à celles que nous avons précédemment mises en lumière, en parlant de l'action de bonne foi de l'époque des *legis actiones*, laquelle n'avait point nécessairement sa contre-partie dans une autre action de bonne foi existant au profit du défendeur contre le demandeur.

La première de ces particularités consiste en ce que, — s'il est vrai que celui, qui n'a consenti à s'engager qu'en vue d'une *causa* qui fait défaut, peut se soustraire à l'exécution, alors même que l'action, qui est née de cette promesse, n'est point de bonne foi, et cela au moyen de l'exception de dol, — il est non moins vrai que, s'il a exécuté, il n'a en général aucun moyen de revenir sur cette exécution, quand même il n'aurait exécuté qu'en vue de la même *causa*, qui l'a déterminé à contracter.

La seconde particularité consiste en ce que, — s'il est vrai que l'étendue de la condamnation, que peut obtenir le demandeur à une action personnelle réipersécutoire non de bonne foi, est diminuée, grâce à l'exception de dol, dans la mesure où une action quelconque, précédemment exercée, a abouti à réparer le dommage subi par lui, — il est non moins vrai que, si à l'inverse l'action personnelle réipersécutoire non de bonne foi a été intentée la première, et suivie d'une condamnation plus étendue que si elle avait été intentée la seconde (89), les prestations qui viendraient à être effectuées par le débiteur postérieurement à l'exécution de cette condamnation, ne lui permettraient pas en général de réclamer restitution totale ou partielle de ce qu'il a été contraint de fournir à la suite de l'action personnelle réipersécutoire non de bonne foi.

---

(89) Je fais observer qu'il n'en est ainsi, — je veux dire que la condamnation qui termine l'action personnelle réipersécutoire intentée la première, ne peut en fait être plus étendue que si cette action avait été intentée la seconde, — que dans le cas où le défendeur à cette action n'a pas prouvé l'existence, au profit du demandeur, d'une autre action susceptible de procurer réparation, au moins partielle, du préjudice subi par le demandeur, ou, cette preuve faite, n'a pas prouvé de plus la solvabilité du sujet passif de cette action.

Dans l'un et l'autre cas, le débiteur ne pourrait fonder sa réclamation que sur le fait qu'il a exécuté *sine causa*. Or il n'y a point encore, à l'époque où nous nous trouvons, d'action générale permettant de répéter ce qui a été fourni sans cause.

Il faut, je crois, admettre que, si le défendeur dont nous parlons se trouve en fait muni contre son créancier d'une action incertaine, se rattachant à la même opération juridique qui l'a rendu débiteur, il pourra, au moyen de cette action, qui permet de réprimer le dol de celui contre lequel elle est exercée, obtenir les restitutions qu'il ne lui est pas possible de poursuivre par une action spéciale. Mais bien évidemment il se peut qu'il ne soit pas muni d'une telle action. Nous verrons plus loin comment il fut remédié aux résultats fâcheux qui se produisaient en pareille circonstance.

II. — Le second point sur lequel je désire attirer l'attention, c'est que, en dehors des actions personnelles réipersécutoires, le juge, chargé par l'exception de dol, de réprimer le dol du demandeur, ne considère point comme répréhensible que ce demandeur réclame l'intégralité de ce que l'action doit *ipso jure* lui faire obtenir, alors même que le dommage qu'il a subi se trouve en fait d'une importance moindre ou même nul.

Ce point est suffisamment démontré par la subsistance, à l'époque où nous sommes arrivés, et encore plus tard, d'actions pénales au double, au triple, au quadruple, d'actions dans lesquelles la condamnation se calcule d'après des données qui n'ont rien de commun avec le montant du dommage réellement éprouvé (action de la loi Aquilia, par exemple). Il est manifeste que, si le juge, moyennant que l'exception de dol eût été insérée dans la formule, avait réduit la condamnation jusqu'à la faire concorder avec l'importance du dommage subi, ces actions auraient cessé d'être désignées comme aboutissant au double, au triple, etc., car bien certainement en fait le défendeur eût toujours eu soin de faire insérer l'exception de dol.

En ce qui concerne les actions réelles, la preuve que la condamnation ne s'y restreint pas, malgré l'exception de dol, à l'importance du dommage subi, c'est que, postérieurement à l'époque que nous étudions, après que le sénatus-consulte Juventien eut permis d'exercer la revendication contre celui qui par dol avait cessé de posséder, la condamnation obtenue contre un tel défendeur, et suivie d'exécution, c'est-à-dire de la réparation intégrale du dommage éprouvé par le propriétaire, n'empêchait point celui-ci d'obtenir condamnation contre le possesseur réel de la chose. Il faut nécessairement conclure de là que l'action réelle, en tant qu'action réelle, peut, nonobstant l'exception de dol, aboutir à une

condamnation, malgré que le demandeur à cette action n'éprouve en fait aucun dommage.

Ces règles certaines de l'époque classique étaient évidemment admises à l'époque relativement lointaine que nous étudions. Même elles y avaient des inconvénients qui, à l'époque classique, avaient disparu, grâce à de nouvelles créations juridiques des prudents et du préteur.

C'est ainsi que, si nous supposons qu'après une action personnelle réipersécutoire exercée et suivie d'exécution, c'est-à-dire de la réparation au moins partielle du dommage éprouvé par le demandeur, celui-ci exerce une action réelle ou une action pénale, le défendeur aura beau opposer l'exception de dol, il n'en subira pas moins condamnation comme si la première action n'avait pas eu lieu. Je rappelle que d'ailleurs cette seconde condamnation, même exécutée, ne lui permettra pas, en règle générale, de demander la restitution totale ou partielle de ce qu'il a fourni en suite de la première condamnation. — Ces résultats sont d'autant plus fâcheux que, si l'action personnelle réipersécutoire avait été exercée la seconde, le défendeur aurait pu, au moyen de l'exception de dol, en faire diminuer la condamnation, dans la mesure où le dommage se serait trouvé réparé par la première action. — Nous verrons plus loin comment ces résultats furent plus tard corrigés.

III. — Enfin le troisième point, qui me paraît digne d'être signalé, c'est que, d'une manière générale, dans toute action réipersécutoire, et non pas seulement dans les actions réipersécutoires personnelles, l'exception de dol empêche toute condamnation, lorsque le fait, générateur de l'action, n'a été accompli qu'en vue d'une *causa*, qui en réalité fait défaut.

C'est ainsi que la revendication échoue *exceptionis doli ope*, si l'acte d'aliénation, sur lequel se fonde le demandeur, n'a été consenti par le défendeur qu'en vue d'une certaine circonstance quelconque, qui ne se réalise point.

Si ce principe est sans application aux actions pénales, c'est par la force même des choses, le délinquant étant évidemment aussi coupable, que la *causa* qu'il a pu avoir en vue, se réalise ou ne se réalise pas.

Il est à remarquer que cette personne, qui a consenti un acte juridique *sine causa*, et qui, actionnée en vertu de cet acte, peut se soustraire à toute condamnation, en alléguant précisément le défaut de cause, est, en principe, dépourvue de toute action en répétition, si elle a exécuté, fût-ce sous l'influence de la même erreur. L'existence à son profit d'une action incertaine contre l'autre partie, vient corriger ce que cette situation a de choquant; mais cette ressource le plus souvent lui fait défaut.

ARTICLE III

CONDICTIONES SINE CAUSA ET CONTRATS INNOMMÉS

Les textes de l'époque classique nous révèlent l'existence d'un certain nombre d'actions qui, sous les noms divers de *condictio indebiti, condictio ob rem dati, condictio causa data causa non secuta, condictio sine causa,* etc., ont pour caractère commun de revenir sur l'exécution d'un fait, juridique ou non, qui a procuré à autrui un certain enrichissement, lorsque cette exécution a été déterminée par la croyance à une circonstance, passée, présente ou future, qui fait défaut. Elles peuvent, en raison de ce caractère commun, et de l'habitude des Romains de désigner sous le nom de *causa,* l'ensemble des circonstances qui déterminent une personne à agir d'une manière donnée, être comprises toutes sous le nom collectif de *condictiones sine causa.*

Etant donné que ce ne fut que depuis la création de l'exception de dol, et par elle, que le défendeur à une action non de bonne foi put éviter d'être condamné, lorsque le fait générateur de l'action intentée contre lui, n'avait été accompli par lui qu'en vue d'une *causa* inexistante, il me paraît évident que la création des *condictiones*, dont nous parlons, ne peut être considérée comme antérieure à cette exception. Je me refuse en effet à admettre qu'un défendeur ait jamais pu se trouver dans la bizarre situation, de ne pouvoir d'une part éviter la condamnation, malgré le défaut de cause du fait générateur de l'action, et d'autre part, de pouvoir, sitôt cette condamnation exécutée, agir en répétition de ce qu'il venait de fournir. Or, si l'on suppose que les *condictiones sine causa* furent antérieures à l'exception de dol, c'est précisément dans cette situation que, dans la période qui se serait écoulée depuis la création des *condictiones* jusqu'à celle de l'exception, se serait trouvé le défendeur à une action non de bonne foi, dont le fait générateur eût manqué de cause.

Pour moi, j'estime que la création des *condictiones sine causa* fut postérieure à la naissance de l'exception de dol, et que précisément l'insuffisance de la protection, apportée par cette exception, à celui qui avait *sine causa* enrichi autrui, contribua puissamment à déterminer les prudents et le préteur à la création d'actions lui assurant la même protection, dans le cas où l'exception de dol était incapable de la lui procurer.

Les explications que j'ai à fournir sur la matière qui fait l'objet du présent article, seront comprises dans les quatre paragraphes suivants :

§ 1. — Origines des *condictiones sine causa*. Contrats innommés.
§ 2. - Effets des *condictiones sine causa*.
§ 3. — Détermination précise des circonstances donnant naissance à la *condictio sine causa*.
§ 4. — Critique de la théorie des *condictiones sine causa*.

§ 1. — Origines des condictiones sine causa. Contrats innommés.

La genèse des *condictiones sine causa* me paraît constituer un des plus remarquables exemples de cette préoccupation, commune aux prudents et au préteur, de ne proposer et de ne sanctionner leurs innovations les plus hardies, qu'en les rattachant à quelque institution existante et reconnue par la loi, de manière à paraître se borner à développer les antiques principes du droit civil, alors qu'en réalité ils les modifiaient profondément. Ces actions en effet, ces *condictiones sine causa*, qui, une fois parvenues à leur entier développement, auront pour caractères de naître à la suite d'un fait n'ayant rien de juridique, ou, si elles se donnent à la suite d'un acte juridique, de lui enlever tout effet, n'avaient certainement aucune racine dans le droit strict reconnu par la loi, dont c'est au contraire un des caractères les plus frappants de ne tenir compte que d'un certain nombre de faits élevés par la loi à la dignité d'actes juridiques, et d'autre part de leur faire produire leurs pleins effets, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils se sont produits, pourvu que se trouvent réunies les conditions essentielles à leur existence. Et cependant ces actions furent, ainsi que nous allons le voir, rattachées par les prudents et le préteur, par l'intermédiaire de la *condictio ex mutuo*, à l'une des plus anciennes institutions du droit civil, à l'antique *nexi obligatio*.

Nous avons montré plus haut par quelles phases successives avaient passé cette *nexi obligatio* et la *manus injectio* qui la sanctionnait, jusqu'à l'abrogation des *legis actiones*. Nous avons vu quelle fut l'influence de cette suppression sur les effets de la *nexi obligatio*. Je rappelle qu'à dater de cette suppression, les actions, qui jusque-là s'intentaient au moyen de la *manus injectio*, s'intentent par une simple demande d'*addictio* adressée au magistrat. A cette demande, le défendeur peut répondre en niant la cause, sur laquelle le demandeur s'appuie pour la formuler, ou au contraire en reconnaissant l'existence de cette cause. S'il nie, il y a lieu à un *judicium* qui aboutira, si le défendeur succombe, à une condamnation au double. S'il avoue, et qu'il s'agisse d'une somme déterminée, l'*addictio* produit ses effets ; —

s'il s'agit d'une somme indéterminée, il y a lieu à un *arbitrium rei præstandæ* pour fixer le montant de la somme due.

J'estime que l'action née de la *nexi obligatio* resta soumise à ces règles pendant fort longtemps, et notamment pendant toute la durée de l'époque classique. Cela seul explique le maintien de ce mode de s'obliger jusqu'au temps de Gaius, à une époque où cependant le prêt de consommation, conclu sans les formes de la *nexi obligatio*, était sanctionné par la *condictio ex mutuo*, où par conséquent ces formes eussent été complètement négligées, si le prêt, qui en était revêtu, n'eût pas produit certaines conséquences particulières, qui ne peuvent être qu'une plus grande rigueur de l'action qui en résultait.

Mais, de même que le préteur profita de la liberté qu'il avait d'organiser des *judicia*, même en dehors des prévisions de la loi, pour accorder des actions, alors que se trouvaient réunies les conditions de fond des opérations juridiques, désignées sous le nom de vente, louage, etc., encore bien que ces opérations n'eussent pas été revêtues des formes de la stipulation, — de même sans doute il décida que, quand il y aurait dation d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées, dans le but d'obliger l'*accipiens* à fournir l'équivalent, il accorderait une action, encore bien que l'on n'eût pas eu recours à la solennité *per aes et libram*. En deux mots, il déclara que, toutes choses égales d'ailleurs, il accorderait également action, que le *nexum* eût eu lieu, ou non, — cela sous une importante réserve. Cette réserve consiste en ce que, pour un motif ou pour un autre, il décida que, en l'absence de *nexum*, l'action s'intenterait selon les règles ordinaires des actions personnelles, et non par la demande d'*addictio*, ce qui revenait à supprimer le doublement en cas d'*infitiatio*.

Sous le bénéfice de cette réserve, l'action accordée en l'absence de *nexum*, a les mêmes caractères que l'action intentée après accomplissement des formalités *per aes et libram*, c'est-à-dire qu'elle tend, selon qu'il y a eu dation d'une somme d'argent, ou de denrées, à une somme d'argent déterminée ou à une somme d'argent indéterminée. Dans l'un et l'autre cas, en raison de son origine, et par suite de la généralisation du nom de *condictio*, elle s'appelle *condictio ex mutuo*.

Cette origine, assignée à la *condictio ex mutuo*, me paraît expliquer très suffisamment trois caractères que cette *condictio* possède à l'époque classique, et qui me semblent difficiles à justifier autrement.

Le premier, c'est que cette *condictio* soit réputée naître *ex contractu*, à l'encontre de toutes autres actions nées de *dationes ob rem*.

Le second, c'est qu'elle ne puisse pas porter indifféremment sur toute espèce de choses susceptibles d'être considérées comme fongibles.

Le troisième enfin, c'est qu'elle soit *certa*, quand elle dérive de la dation d'une somme d'argent, et *incerta*, quand elle dérive de la dation de denrées. Ce troisième caractère n'est pas admis en général. Je le crois cependant incontestable. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se rappeler que, le *mutuum* portant sur des denrées, le juge tient compte, à l'époque classique, du pacte d'intérêts, ce qui prouve que la *condictio* est *incerti*.

Arrivé à ce point, on s'y tint sans doute un certain temps. Mais on ne tarda pas à aller plus loin. Fixer la date des progrès que nous allons retracer, est chose assez difficile. Néanmoins je crois qu'ils ne furent pas antérieurs à la création de l'exception de dol. On s'en convaincra, après que je les aurai exposés, en se reportant à ce que j'ai dit au début de cet article.

Quoi qu'il en soit, voici la nouvelle évolution d'idées qui se produisit, féconde en résultats, et, par le fait même, tout à fait digne d'intérêt.

Le *mutuum* constitué et sanctionné comme nous l'avons dit, il en résultait que celui qui avait fait un prêt de consommation, c'est-à-dire qui avait fait une certaine dation dans le but d'obtenir, au bout d'un certain temps, restitution du prêt, pouvait, lorsque son attente était trompée, exercer une action ayant pour but de lui faire obtenir une somme d'argent équivalente à ce qu'il avait déboursé. Ce résultat parut aux jurisconsultes tout à fait digne d'être généralisé. Ils proposèrent donc, et le préteur accepta de donner, dans tous les cas, à celui qui avait fait une dation, en vue d'une certaine circonstance, laquelle faisait défaut, une action, une *condictio*, tendant à la restitution d'une somme égale à la valeur déboursée, c'est-à-dire à la valeur qu'avait la chose donnée au moment de la dation. Or on avait pris l'habitude de désigner, sous le nom de *causa*, l'ensemble des circonstances en vue desquelles l'auteur d'un fait s'était décidé à l'accomplir. De là le nom de *condictio sine causa*, donné à la *condictio* accordée dans le cas où faisait défaut l'une des circonstances, en vue desquelles une dation avait été effectuée. Cette *condictio* prit d'ailleurs des noms différents, selon la nature de la circonstance, dont le défaut en autorisait l'exercice, et s'appela, selon les cas, *condictio indebiti*, *ob rem dati*, *causa data causa non secuta*, ou simplement *sine causa*.

Cette manière d'envisager la naissance des *condictiones sine causa*, me paraît expliquer deux points : d'une part, les jurisconsultes les rattachent au *mutuum* (*l'indebiti solutio* s'appelle même *promutuum*), — d'autre part, ces *condictiones* sont *certæ*, lorsqu'elles reposent sur la dation d'une somme d'argent, et *incertæ*, lorsqu'elles dérivent de toute autre circonstance. Ce second caractère, que l'on n'a pas assez

mis en lumière, me paraît absolument incontestable. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se reporter aux règles de l'*indebiti solutio*. A-t-on payé indûment une somme d'argent, la condamnation ne porte jamais que sur cette somme même et ne s'étend jamais aux intérêts ; le paiement indu a-t-il porté sur quelque autre chose, la condamnation s'étend aux fruits, etc., ce qui ne peut se produire que dans une action *incerta*.

On alla plus loin encore. Les *condictiones sine causa* n'étaient admises au début, que lorsqu'il y avait eu une dation *certa causa*. On arriva à accorder le droit d'exercer une *condictio* dans d'autres cas encore.

C'est ainsi que l'on accorda la *condictio* à quiconque avait, sans cause, enrichi une autre personne, encore bien que ce ne fût pas par une dation, mais par un fait quelconque, juridique ou non. Ce progrès se fit attendre, ainsi que nous pouvons en juger par certains textes de l'époque classique, qui semblent refuser la *condictio ob rem dati* à l'auteur d'un fait accompli *ob causam*, ou qui au moins s'attachent à démontrer que la *condictio* est admissible. Notons, en passant, que ce retard s'explique fort bien dans notre système : les *condictiones* tirant leur origine du *mutuum*, il était naturel qu'on ne les admît que difficilement en l'absence de dation.

Ce retard nous explique pourquoi la théorie des contrats innommés fut si lente à s'étendre aux hypothèses *facio ut facias* et *facio ut des*, ou, en d'autres termes, pourquoi l'action *præscriptis verbis* fut si tardivement accordée dans ces hypothèses. Mais ceci exige que nous retournions un peu en arrière.

Nous plaçant à l'époque où la *condictio sine causa* n'était accordée qu'à la suite d'une dation, et non à la suite d'un fait, nous pouvons nous demander comment était rédigée la formule de cette *condictio*.

Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre le cas où la dation avait porté sur une somme d'argent, et celui où elle avait porté sur autre chose.

Dans le premier cas, l'action tend à la restitution d'une somme égale à la somme donnée. Elle se présente donc sous la forme d'une *condictio certæ pecuniæ* : *si paret N^m N^m A° A° centum dare oportere* (90). Dans

(90) On m'objectera que la dation d'une somme d'argent *ut des* est une vente, et que dans la vente l'inexécution ne permet pas de *condicere pretium*, que par conséquent mon hypothèse est impossible. Je réponds d'abord que l'objection ne porte pas sur l'hypothèse *do ut facias*. — Je réponds ensuite que l'hypothèse *do pecuniam*

le second cas, l'action tend à la restitution d'une somme d'argent égale à l'enrichissement procuré à l'*accipiens*. Elle se produit donc sous la forme d'une *condictio incerti*. Son *intentio* est donc : *quiquid paret ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportere, nisi restituat, ejus condemna*. Cette *intentio* exige une *demonstratio*. Quelle sera-t-elle ? Evidemment, elle ne pourra que relater ce qui s'est passé ; elle ne pourra pas se référer à un acte juridique productif d'obligation, par le motif qu'il n'y en a pas. Elle ne sera pas *in jus* mais *in factum*.

Cette dernière formule se trouve ainsi ressembler énormément à celle de l'action *præscriptis verbis*, admise, dans certains cas, par les jurisconsultes proculiens (91). Il y a même identité, sauf que la formule de l'action *præscriptis verbis* contient les mots : *ex fide bona*, absents de celle de la *condictio*.

Ce fut, si je ne me trompe, cette ressemblance si grande qui enhardit les Proculiens à proposer de donner, dans les cas où une dation avait eu lieu en vue d'une contre-prestation, non point seulement la *condictio causa data causa non secuta*, mais l'action *præscriptis verbis*. — Cette manière de présenter l'admission par les Proculiens de l'action *præscriptis verbis*, dans les cas de *datio ob causam*, me paraît expliquer que cette action, en tant qu'elle garantit les contrats innommés, ne se donne que lorsqu'il y a eu exécution, par l'une des parties, du pacte intervenu entre elles. S'il en est ainsi, c'est que l'action *præscriptis verbis* n'est admise, en dehors des cas pour lesquels elle fut créée, que par extension de la *condictio ob rem dati*, laquelle bien évidemment suppose un *datum*.

L'utilité, qu'il y avait à substituer l'action *præscriptis verbis* à la *condictio ob rem dati*, était, au moment où s'introduisit cette substitu-

---

ut des ne put être considérée comme une vente qu'après la formation de la théorie des contrats innommés. Dans cette opération en effet, celui qui reçoit l'argent ne s'engage pas expressément à *dare*, il se borne à laisser espérer qu'il fera la dation. S'il s'engageait à *dare*, je reconnais qu'il y aurait vente, mais, encore une fois, il ne promet rien. Ce fut précisément un des résultats de la formation de la théorie des contrats innommés, de faire considérer cet *accipiens* comme s'étant tacitement engagé à la dation qu'il ne fait expressément que laisser espérer au *solvens*. Cette théorie constituée, l'hypothèse *do pecuniam ut des* sera une véritable vente, je le reconnais aussi, mais il ne pouvait en être ainsi avant la formation de cette théorie.

(91) Ces cas sont ceux où une opération donnée rentre certainement dans un contrat nommé, sans qu'on puisse dire lequel. — Remarquez que l'action *præscriptis verbis* se donne, en pareille hypothèse, indépendamment de toute exécution de la convention en question.

tion, bien plus considérable qu'elle ne l'eût été plus tard. Je m'explique : bien que la *condictio incerti*, à raison du vague de l'instruction donnée au juge, permît à celui-ci de tenir largement compte de l'équité, il ne paraît pas qu'il eût pris sur lui à l'époque qui nous occupe (époque d'Ariston), de tenir compte des pactes intervenus entre les parties. En effet, nous voyons des jurisconsultes bien postérieurs présenter, comme d'introduction récente, la règle que le juge de la *condictio incerti* doit avoir égard aux pactes adjoints à la stipulation. Si cette règle eût déjà été admise au moment où nous nous plaçons, il est clair que le juge de la *condictio ob rem dati* eût pu, quoique l'action tendît en elle-même à faire recouvrer, à l'auteur de la dation, la valeur de son déboursé, condamner le défendeur à exécuter la contre-prestation promise, de telle sorte qu'il y eût eu un assez médiocre intérêt à autoriser l'emploi de l'action *præscriptis verbis*. Mais, comme le juge de la *condictio incerti* n'avait pas encore osé tenir compte des pactes, il est clair que l'emploi de l'action *præscriptis verbis* fut d'une grande utilité. Cette action, en effet, étant de bonne foi, le juge pouvait imposer au défendeur l'accomplissement de la prestation même, qu'il avait laissé espérer au demandeur, et en vue de laquelle celui-ci avait procédé à la dation.

Le même emploi de l'action *præscriptis verbis* fut autorisé d'ailleurs, dans le cas où, la dation ayant porté sur une somme d'argent, la *condictio causa data causa non secuta* était une *condictio certæ pecuniæ* ; — cela, par analogie avec le cas où la dation avait porté sur autre chose que de l'argent, et quoiqu'il n'y eût aucune ressemblance entre la formule de cette *condictio certæ pecuniæ* avec celle de l'action *præscriptis verbis*.

J'ai présenté cette doctrine comme spéciale aux Proculiens, — sauf exceptions individuelles, bien entendu : tel est Celsus, qui, quoique Proculien, n'accorde pas l'action *præscriptis verbis*. Les Sabiniens ne pouvaient songer à octroyer l'action *præscriptis verbis*. Pour eux en effet, cette action n'existe pas, — toujours sauf dissidences individuelles comme celle du Sabinien Pomponius, qui admet l'action *præscriptis verbis*. Au lieu d'accorder l'action *præscriptis verbis*, dans les cas où un contrat nommé existe certainement, sans qu'on puisse dire lequel, les Sabiniens accordent l'action du contrat le plus voisin. N'admettant pas l'action *præscriptis verbis*, il ne peut être question pour eux de l'étendre à de nouveaux cas. Comme autrefois, ils n'accordent donc que la *condictio causa data causa non secuta* (92).

---

(92) Ils s'efforcent d'ailleurs de faire rentrer les cas de dation *ob rem* dans les

Revenant à la théorie proculienne, il est vrai de dire, dans cette théorie, que celui qui reçoit une dation en vue d'une *causa* dépendant de lui, est obligé d'accomplir la prestation qui constitue cette *causa*, tout comme celui qui a consenti un contrat nommé (93). De là eût dû logiquement résulter l'une des deux choses suivantes.

On eût pu prohiber l'emploi, à côté de l'action *præscriptis verbis*, de la *condictio causa data causa non secuta*, et en cela on eût assimilé les nouveaux contrats aux anciens, dans lesquels on ne permettait pas à la partie, qui avait exécuté, de répéter ce qu'elle avait fourni, lorsque l'autre partie n'exécutait pas, pour quelque motif que ce fût.

Ou bien on eût pu permettre, comme par le passé, l'emploi de la *condictio causa data causa non secuta*, c'est-à-dire dans tous les cas où il y avait inexécution, fût-ce par cas fortuit, — mais en ayant soin d'étendre l'usage de cette *condictio* aux anciens contrats. Ce dernier parti eût été bien préférable, bien plus conforme à l'intention des parties, dont chacune, lorsqu'elle s'engage par un contrat nommé, ne le fait certainement qu'en vue, non pas seulement de la naissance, mais de l'exécution de l'obligation de l'autre.

Les Proculiens ne prirent ni l'un, ni l'autre de ces partis ; mais, sans doute sous l'influence de la routine, unie à un certain désir de progrès, ils s'arrêtèrent à une solution hybride, peu logique, que voici.

Ils ne touchèrent pas aux règles admises pour les contrats nommés. Comme par le passé, il n'y est pas tenu compte de cette intention, pourtant bien facile à découvrir, de ne s'obliger qu'en vue de l'exécution de l'obligation de l'autre partie. En d'autres termes, l'inexécution ne donne point lieu à la *condictio causa data causa non secuta* (Voyez l. 70, D., *de evictionibus*, XXI, 2). Voilà l'influence de la routine. — Ce point admis, il eût fallu logiquement décider que cette *condictio* serait désormais également inadmissible, dans le cas d'inexécution d'un de ces nouveaux contrats, d'un de ces contrats *incerti* ou innommés, auxquels l'admission de l'action *præscriptis verbis* avait donné naissance. On ne le fit point. On décida bien qu'elle serait inadmissible dans le cas d'inexécution par suite de cas fortuit, — car l'admettre en de telles circonstances eût été se mettre trop ouvertement en opposition avec les

---

contrats nommés. C'est ainsi qu'ils assimilent l'échange à la vente, c'est-à-dire en font une vente. Dans ce cas, bien entendu, je veux dire lorsqu'ils assimilent un *datum ob rem* à un contrat nommé, ils n'admettent pas la *condictio ob rem dati*.

(93) De là il suit que, pour les Proculiens, *do pecuniam ut des* devient une véritable vente.

règles des contrats nommés, — mais on la maintint dans tous les autres cas d'inexécution. Les contrats innommés l'emportent, à ce point de vue, en perfection sur les contrats nommés. Il y a progrès ; mais ce progrès n'est pas ce qu'il eût pu être.

Pendant ce temps, que devenaient les *negotia facio ut facias* et *facio ut des ?* Nous avons vu que l'on n'y avait pas de prime abord admis la *condictio causa data causa non secuta.* Il ne pouvait par conséquent être question d'y attacher l'action *præscriptis verbis.* C'est ainsi que j'explique l'apparition tardive de cette action dans ces *negotia.*

Un premier progrès fut réalisé, qui consista à accorder à l'auteur du fait, l'action *de dolo,* quand l'autre partie s'était rendue coupable de dol. — Plus tard, on y ajouta une action *in factum*, subsidiaire de celle de dol, lorsque cette autre partie n'était coupable que de faute.

On ne s'en tint pas là. Ainsi que je l'ai dit, on arriva à accorder la *condictio causa data causa non secuta*, dans le cas où le fait accompli avait enrichi celui au profit duquel il avait été réalisé. Du coup l'action de dol et l'action *in factum* disparurent dans ce cas ; il ne put plus en être question qu'à la suite d'un fait n'ayant procuré aucun enrichissement.

La *condictio causa data causa non secuta* admise, les Proculiens devaient accorder de plus l'action *præscriptis verbis.* Ils n'y manquèrent pas. — Ils allèrent même beaucoup plus loin. Remarquant que, dans tous les cas de prestation *ob rem*, l'action *præscriptis verbis* était possible, sauf dans le cas où cette prestation était un fait n'ayant procuré aucun enrichissement, remarquant d'ailleurs que ce dernier cas avait avec les autres, sauf ce point, la plus grande ressemblance, et qu'en somme le lien, qui unissait l'action *præscriptis verbis* à la *condictio*, était d'une nature assez artificielle, ils admirent l'action *præscriptis verbis* dans ce cas comme dans tous les autres (94). Bien entendu, il n'y fut plus question alors ni d'action de dol, ni d'action *in factum.*

J'ai à peine besoin de dire que les Sabiniens, tout en admettant la *condictio* dans le cas de fait ayant procuré un certain enrichissement, n'admettent pas l'action *præscriptis verbis*, ni dans ce cas, ni, à plus forte raison encore, si c'est possible, dans le cas de fait n'ayant procuré aucun enrichissement. Dans le premier cas, la *condictio* existe seule. Dans le second, vu l'absence de toute autre action, ils admettent l'action de dol et l'action *in factum.*

---

(94) De sorte qu'ici l'action *præscriptis verbis* existe seule, je veux dire sans que la *condictio* concoure avec elle.

§ 2. — Effets des condictiones sine causa.

Pour déterminer les effets des *condictiones sine causa*, il nous faut remonter au principe dont elles dérivent.

Ce n'est point préciser suffisamment ce principe, que de le formuler, comme on le fait ordinairement, en disant que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Cette formule est d'abord trop générale. A la prendre à la lettre, il faudrait dire que l'enrichissement réalisé sans cause au détriment d'une personne, soumet dans tous les cas la personne enrichie à une certaine obligation de restitution. Or, il est certain, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant, qu'il est un grand nombre de cas où la théorie romaine n'impose, à la personne enrichie sans cause au détriment d'autrui, aucune obligation de restitution.

Ensuite, et surtout, cette formule est vague, en ce sens que, dans les cas où la personne enrichie sans cause, au détriment d'autrui, est certainement soumise à une certaine obligation de restitution, elle ne permet pas de discerner exactement à quoi cette obligation s'applique.

On pourrait croire en effet que, recevant *sine causa* une chose déterminée, on se trouve enrichi de la chose reçue et débiteur par conséquent de cette chose. Il en résulterait que le *solvens* pourrait et devrait exercer une *condictio certi* pour réclamer la chose, toutes les fois que la nature de la chose n'y répugnerait pas. Il en serait ainsi lorsque la réception aurait porté sur un *genus* ou sur un corps certain. La *condictio* ne serait *incerti*, que lorsque la prestation aurait eu pour objet un fait ou un droit réel autre que la propriété, etc. — Mais nous avons fait observer plus haut que celui qui a reçu sans cause un corps certain, est tenu d'une *condictio incerti*. Il faut donc rejeter cette première manière d'entendre le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et conclure que la réception *sine causa* d'une chose ne rend pas débiteur de cette chose même.

Faut-il dire que la réception sans cause d'une chose constitue l'*accipiens* débiteur à la fois de la chose et de ce qu'elle pourra produire ou plutôt procurer à l'*accipiens* ? On comprendrait, avec cette interprétation du principe, que la *condictio* soit en général *incerti*. — Il faut, sans hésiter, repousser cette manière de voir, car elle s'appliquerait au cas de réception d'une somme d'argent, comme à tous les autres cas. L'*accipiens sine causa* d'une somme d'argent serait donc tenu d'une *condictio incerti*. Or, nous avons également fait remarquer plus haut qu'il n'en est rien : cet *accipiens* est tenu d'une *condictio certi*.

On le voit : si le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, sert de fondement à la *condictio sine causa*, ce n'est pas qu'en vertu de ce principe, la réception d'une chose sans cause constitue l'*accipiens* débiteur de la chose même reçue, — ni que cette réception le constitue originairement débiteur à la fois de cette chose et de tout ce qu'elle procurera à l'*accipiens*. La première manière de concevoir le principe se heurte à la règle certaine, d'après laquelle celui qui reçoit sans cause un corps certain, est tenu des fruits perçus, ou même des fruits qu'il aurait pu percevoir, et par suite est en butte à une *condictio incerti*. La seconde se heurte à cette autre règle, en vertu de laquelle celui qui a reçu sans cause une somme d'argent, n'est pas tenu des intérêts, même alors qu'il est *in mora*, ce qui prouve que la *condictio* exercée contre lui est *certi*.

Expliquer que la *condictio sine causa* soit *incerti*, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, et *certi*, lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, c'est là le point délicat. Toute manière d'envisager le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, qui ne fournira pas cette explication, devra être rejetée.

Or, en dehors des deux manières d'entendre ce principe, que nous venons de répudier, comme ne fournissant pas cette explication, nous n'en voyons plus d'autre que celle que nous avons exposée, en traitant de l'origine des *condictiones sine causa*.

Cette manière, qui consiste à considérer l'*accipiens sine causa* d'une chose quelconque, comme enrichi, au moment où il la reçoit, de toute la valeur de cette chose, et par suite comme débiteur, non point de la chose même, mais de la valeur de la chose, explique, ainsi que nous l'avons déjà dit, que la *condictio* soit *certi*, lorsque la réception a porté sur une somme d'argent, et *incerti*, en toute autre hypothèse. En effet, la valeur reçue, quelle est-elle? Est-elle immédiatement déterminée? est-elle certaine? Oui, alors que la chose reçue est une somme d'argent; non, en toute autre hypothèse. Que va-t-il en résulter pour le caractère de l'action en répétition ? On le devine : dans le premier cas, la *condictio* sera *certi;* dans le second, elle sera *incerti*.

La réunion de ces deux circonstances, d'une part que cette manière d'entendre le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, donne l'explication cherchée, et, d'autre part, que les deux seules autres manières d'entendre ce principe doivent être repoussées, ne peut laisser subsister aucun doute sur l'exactitude de notre doctrine. Nous poserons donc en principe que la *condictio sine causa* tend essentiellement à la restitution de la valeur de la chose reçue sans cause, telle qu'elle se comportait au moment de cette réception.

Dans ces termes, le principe s'applique, que la *condictio* soit exercée contre un *accipiens* de bonne foi, ou contre un *accipiens* de mauvaise foi.

Mais, s'il est vrai que la partie appauvrie ait le droit de demander à l'*accipiens* de bonne ou de mauvaise foi une somme équivalente à l'enrichissement primitif, faut-il dire que, dans tous les cas, elle obtiendra cette somme, et n'obtiendra jamais que cela ? — Il faudrait se garder de le faire. Si le principe d'action est simple et toujours identique à lui-même, nous allons voir que les résultats de l'action sont complexes, et varient selon les cas.

Pour les exposer, il nous faut distinguer entre la *condictio certi* fondée, nous l'avons vu, sur la réception d'une somme d'argent, — et la *condictio incerti*, fondée sur tout autre enrichissement.

1° *Condictio certi.* — Cette *condictio* étant *certi*, il en résulte : 1° que le défendeur ne doit aucune espèce de réparation de son dol ou de sa faute, d'où il suit que, s'il est *in mora*, cela ne change rien à sa situation : il ne doit notamment pas d'intérêts ; — et 2° qu'il ne peut être tenu compte des pactes adjoints par lesquels ce défendeur aurait promis quelque chose.

L'*accipiens* d'ailleurs ne doit pas l'argent qu'il a reçu, en tant que corps certain. Il ne peut donc pas être question de libération par cas fortuit. Ce qu'il doit, c'est une valeur égale à celle qu'il a reçue, une autre somme d'argent.

Sa situation jusqu'ici est identique à la situation de celui qui est tenu de payer une somme d'argent, parce qu'il l'a promise, à la situation de celui qui : *centum dari spopondit.* Il faudrait se garder de croire cependant qu'elle est absolument semblable à la situation de celui qui a promis. Elle en diffère d'une manière très notable.

L'*accipiens* en effet n'a pas promis, je veux dire que ce n'est pas sur la promesse qu'est fondée l'action. En raison de cette circonstance, les Romains considèrent qu'il y aurait dol de la part du demandeur, à exiger la somme à laquelle il a théoriquement le droit de prétendre, si l'*accipiens* n'a pas profité d'une valeur aussi considérable, ou n'a pas continué de profiter de ce qu'il a reçu dans la mesure où il en profitait primitivement, — en d'autres termes, si l'*accipiens* ne s'est enrichi que moyennant un déboursé, ou si son enrichissement a diminué pour un motif ou pour un autre.

C'est dire que, s'il en est ainsi, l'*accipiens* pourra, au moyen d'une exception de dol, qu'il fera insérer dans la formule, faire diminuer la condamnation, de la quantité dont son enrichissement n'a été qu'apparent ou a diminué.

Il y a tout lieu de croire que cette exception pouvait être opposée et par l'*accipiens* de bonne foi et par l'*accipiens* de mauvaise foi. Du moment en effet que l'absence de promesse est considérée comme ayant pour résultat de rendre dolosive la prétention du demandeur d'obtenir l'enrichissement primitif, alors qu'il n'a été qu'apparent ou n'a pas continué de subsister, — étant donné, d'ailleurs, que l'action, en tant que *condictio certi*, ne permet pas de tenir compte du pacte de restitution, qu'il est possible de relever à la charge de l'*accipiens* de mauvaise foi, — étant donné que, pour le même motif, on ne peut avoir égard au dol du défendeur, si c'est par son dol que l'enrichissement a disparu, ni à sa *mora*, — il n'y a aucun motif pour que l'exception ne soit pas recevable, aussi bien de la part d'un *accipiens* de mauvaise foi, que de celle d'un *accipiens* de bonne foi.

Est-ce à dire pour cela que l'exception va produire ses pleins effets, que l'*accipiens* ait été de bonne ou de mauvaise foi ? Nullement.

Sans doute elle les produira, si l'*accipiens* a été de bonne foi, c'est-à-dire qu'en pareil cas, la condamnation, au lieu de porter sur l'enrichissement primitif, sur la somme reçue, ne portera plus que sur ce qui subsiste de cette somme ou ce qui l'a remplacée, au moment de l'action intentée.

Mais si l'*accipiens* a été de mauvaise foi, à l'exception de dol opposée par lui, le demandeur pourra répondre par une *replicatio doli* (elle est sous-entendue dans l'exception de dol), fondée sur un pacte exprès ou tacite. L'*accipiens* de mauvaise foi en effet, — et par ce mot j'entends, non pas seulement celui qui sait que la *causa* fait défaut ou fera nécessairement défaut, mais aussi celui qui sait qu'elle pourra faire défaut, — ou bien s'est, par pacte, engagé à restituer la valeur même qu'il a reçue, ou du moins peut être considéré comme s'y étant engagé par pacte tacite. Il en résulte que l'exception de dol opposée par cet *accipiens*, sera repoussée par une *replicatio doli* fondée sur le pacte de restitution exprès ou tacite, et l'action, n'étant plus paralysée par l'exception, aboutira, comme si aucune exception n'avait été insérée, à une condamnation portant sur une somme égale à celle qui a été remise à l'*accipiens*.

Je remarque que cette *replicatio doli* ne peut permettre au juge de tenir compte du dol du défendeur, pour augmenter la condamnation. Une réplique ne peut que paralyser l'exception, rendre à l'action son énergie primitive, mais non la renforcer. Aussi le défendeur ne devra-t-il pas d'intérêts, encore bien qu'il soit *in mora*.

2° *Condictio incerti*. — Cette *condictio* est intentée dans tous les cas où l'enrichissement primitif a porté sur autre chose qu'une somme d'argent.

Comme tout à l'heure, nous dirons que l'*accipiens* doit une somme d'argent *in genere*, qu'en conséquence, il ne peut pas, à proprement parler, être question de libération par cas fortuit. Je ne prétends pas que la perte de ce qui a été reçu ne puisse exercer aucune influence sur les résultats de l'action. Ce que je veux dire, c'est que, si cette perte influence l'action, ce n'est pas en tant que perte de l'objet dû, car, je le répète, cet objet n'est pas dû.

Mais, à l'inverse de ce que nous avons dit tout à l'heure, il faut dire que le juge pourra ici tenir compte : 1° du dol ou de la faute du défendeur, — 2° des pactes joints par lesquels il aurait promis quelque chose (du moins à partir du moment où le juge de la *condictio incerti* prit sur lui d'avoir égard à ces pactes).

Cela dit, il nous faut distinguer entre l'*accipiens* de bonne foi et l'*accipiens* de mauvaise foi.

Accipiens de bonne foi. — Une application, à l'*accipiens* de bonne foi, du premier principe consiste en ce qu'il est considéré comme ne pouvant conserver, sans dol, les augmentations qu'a pu subir l'enrichissement, qu'il a primitivement réalisé, lorsque ces augmentations se seraient également produites entre les mains du *solvens*, car cette particularité prouve qu'il s'est appauvri d'autant. L'*accipiens* devra donc, en plus de la valeur de l'enrichissement primitif, fournir au demandeur une valeur représentant ces augmentations : par exemple, la chose reçue a augmenté de valeur, fût-ce au prix de dépenses effectuées par l'*accipiens*; ou bien l'*accipiens* a perçu des fruits : il devra cette plus-value, la valeur de ces fruits, etc.

Est-ce à dire que cet *accipiens* ne pourra, en aucun cas, faire diminuer la condamnation, qui, d'après ce que nous venons de dire, va porter sur la valeur primitive de l'enrichissement réalisé, plus, s'il y a lieu, les augmentations de cet enrichissement ? En aucune façon.

Cet *accipiens* de bonne foi peut en effet se prévaloir de ce que nous avons signalé plus haut, savoir que le demandeur ne peut, sans dol, se faire adjuger ce à quoi il a théoriquement droit, lorsqu'il est prouvé que l'enrichissement primitif n'a pas été aussi considérable qu'il le paraît par ce que l'*accipiens* n'a reçu qu'en déboursant quelque chose), ou que l'enrichissement actuel est moindre que l'enrichissement primitif. Moyennant donc une exception de dol, le défendeur fera diminuer la condamnation, jusqu'à concurrence des fausses apparences ou des diminutions de son enrichissement. Par exemple, l'*accipiens* a fait des déboursés pour acquérir la chose ; celle-ci a subi des moins-values ; elle a péri, en tout ou en partie, fortuitement ou autrement ; les fruits perçus ont disparu ; des dépenses ont été faites relativement à la chose, etc : l'ex-

ception de dol fera diminuer la condamnation (calculée, selon ce que nous avons dit, en ajoutant à la valeur primitive de l'enrichissement, les augmentations de toute nature qui ont pu se produire), non-seulement de l'importance des déboursés primitifs, mais encore de l'importance des moins-values, de la valeur des portions de la chose, ou des fruits qui auront disparu (sauf au demandeur à prouver que cette disparition a procuré à l'*accipiens* un nouvel enrichissement), de toutes les dépenses faites relativement à la chose, etc.

Les règles, à suivre dans la fixation de la condamnation à prononcer contre l'*accipiens* de bonne foi, étant celles que nous venons de dire, il semble que ce soit une opération très compliquée que de les faire passer de la théorie dans la pratique. Que d'évaluations ne va-t-il pas falloir? Estimation de la chose au moment du fait générateur de l'enrichissement, appréciation des plus-values survenues, estimation des fruits perçus, etc., — d'autre part, estimation des dégradations, des pertes fortuites, des fruits consommés ou disparus, etc., etc.

Heureusement il y a, dans la plupart des cas, un moyen fort simple d'arriver à la stricte application des règles que nous avons posées. Que l'*accipiens* restitue la chose dans son état actuel, avec les fruits existants, à charge pour le demandeur de restituer les débours faits pour obtenir la chose, et toutes les dépenses faites par l'*accipiens* relativement à la chose, — et tout sera dit, les règles théoriques seront mises en pratique de la manière la plus parfaite.

Ce moyen était employé par le juge romain. Rien ne lui était plus facile, puisque l'action était arbitraire. De telle sorte que nous voyons, pour peu que cela soit possible, l'action aboutir à une restitution de la chose même, encore qu'elle n'y tende point par sa nature, mais bien à une valeur égale à l'enrichissement primitif.

D'une manière plus générale, on peut dire que la *condictio sine causa incerti*, intentée contre un *accipiens* de bonne foi, quoique tendant essentiellement à une valeur égale à l'enrichissement primitif, aboutit, grâce à la faculté qu'a le juge de réprimer le dol du défendeur, et aussi, au moyen de l'exception de dol, le dol du demandeur, à la restitution de l'enrichissement, tel qu'il se comporte au moment de l'action intentée, à supposer que le demandeur puisse être considéré comme appauvri d'autant.

Passons à l'*accipiens* de mauvaise foi.

Accipiens de mauvaise foi. — Par ces mots, j'entends, comme plus haut, non-seulement celui qui savait, au moment où il s'est enrichi, que cet enrichissement lui advenait sans cause, mais encore celui qui savait que la *causa* pourrait faire défaut.

Quel qu'il soit, cet *accipiens* peut être considéré comme ayant pris l'engagement de restituer, selon les circonstances, soit la chose même, soit une égale quantité de choses pareilles à celles qu'il a reçues (95). Nous avons déjà dit, en parlant de la *condictio certi*, que le défendeur de mauvaise foi peut être considéré comme ayant pris un pareil engagement. Mais, au lieu que le juge de la *condictio certi* ne peut tenir compte de ce pacte, que s'il est opposé sous forme d'exception, ou mieux de *replicatio*, le juge de la *condictio incerti* peut en tenir compte *de plano*, et, non-seulement pour paralyser une prétention rivale, mais pour augmenter, s'il y a lieu, la condamnation.

Cela étant, les règles à appliquer pour déterminer l'étendue de la condamnation de l'*accipiens* de mauvaise foi, sont celles mêmes qui régissent la condamnation à prononcer contre celui qui est obligé, par promesse, à *dare* un corps certain ou un *genus*, sans oublier, bien entendu, que la *condictio* est *incerti*.

Nous ne voulons pas passer en revue toutes ces règles ; nous nous bornerons à remarquer que :

1° A côté du pacte principal, ayant trait à la restitution de la chose ou d'un *genus*, il peut y avoir un pacte, exprès ou tacite, relatif aux fruits et intérêts. Ce pacte devra être respecté (par ex. : donation *mortis causa*, pacte tacite, — *mutuum* de denrées, pacte exprès).

2° La *condictio* étant *incerti*, le juge peut tenir compte du dol du défendeur ; par conséquent, la *mora* impose la responsabilité des cas fortuits (par ex. : dans la donation *mortis causa*, s'il y a eu sommation de restitution, — dans le cas de *condictio indebiti*, sans sommation : il y a *mora ex re*), et aussi l'obligation de fournir les fruits et intérêts (par ex. : dans le *mutuum* de denrées, sans pacte d'intérêts, s'il y a eu sommation).

---

(95) Il se peut d'ailleurs qu'il y ait un pacte exprès de restitution soit de la chose même, soit d'une quantité. Cela arrivera, par exemple, dans le cas de donation *mortis causa*. — Je remarque qu'il faut mettre sur la même ligne que cette donation, le *mutuum* de denrées. Je ne veux point, en disant cela, insister sur cette idée que, dans le *mutuum* de denrées, il y a un pacte exprès de restitution d'un *genus* en nature : cela est trop évident. Ce que je veux dire, c'est que ce pacte ne peut être pris en considération par le juge qu'en vertu de la faculté qu'il a de tenir compte des pactes joints. On se récriera : dans le *mutuum* de denrées, il n'y a pas seulement un pacte joint, il y a une promesse principale, et, notez-le, c'est sur la promesse qu'est fondé le droit d'action. — A cela je réponds que l'action, le droit d'agir en justice, est en effet fondé sur la promesse ? Mais quel est l'objet de cette promesse ? c'est une valeur égale à celle qui a été reçue, ce n'est pas une quantité déterminée de choses en nature. La promesse qui a trait à cette quantité est un pacte joint.

3° Moyennant une exception de dol, le défendeur fera diminuer la condamnation, si la chose a péri par cas fortuit, à condition, bien entendu, qu'il ne fût pas *in mora*. La même exception lui servira à recouvrer les dépenses nécessaires qu'il aurait faites relativement à la chose, car étant tenu de les faire, on ne peut le regarder comme les ayant faites *animo donandi* (96). — J'ajoute que cette exception de dol est impuissante à faire tenir compte au défendeur par le demandeur, des dépenses que le premier a faites, en vue d'obtenir la chose, soit au profit d'un tiers, soit au profit du demandeur lui-même.

On voit, par ce qui précède, que les restitutions qu'obtient la partie appauvrie, sont en général plus considérables, alors que l'*accipiens* a été de mauvaise foi, que lorsqu'il a été de bonne foi. Il se peut cependant que, dans un cas donné, les restitutions dues par l'*accipiens* de mauvaise foi soient inférieures à ce qu'elles seraient, si l'on appliquait les règles applicables à l'*accipiens* de bonne foi. Par exemple, une donation *mortis causa* a eu lieu, ou bien il y a eu paiement indu à un *accipiens* de mauvaise foi; l'*accipiens* vend la chose à un très haut prix. Applique-t-on les règles relatives à l'*accipiens* de mauvaise foi, il devra la valeur de la chose au moment de l'action intentée, ou la plus haute valeur acquise par la chose; tandis que, s'il était possible d'appliquer les règles relatives à l'*accipiens* de bonne foi, il devrait le prix qu'il a touché, prix peut-être bien supérieur à la valeur de la chose.

En pareil cas, et en général toutes les fois que le demandeur le voudra, il me paraît qu'il peut exiger les restitutions qui seraient dues, si l'*accipiens* avait été de bonne foi. Les principes en effet, en vertu desquels se fixent les restitutions dues par l'*accipiens* de mauvaise foi, sont de telle nature que le demandeur peut, ou non, s'en prévaloir. Cela est évident quant au principe en vertu duquel le défendeur est responsable de son dol : le demandeur peut s'abstenir de demander réparation de ce dol. Et cela me paraît non moins évident quant au principe, en vertu duquel le défendeur doit se conformer aux *pacta adjecta ;* en général, on peut ne pas se prévaloir d'une convention par laquelle on est

---

(96) Quant aux autres dépenses, il semble assez logique d'admettre qu'il les a faites *animo donandi*, au moins dans le cas où il sait que la *causa* n'existe pas. Que s'il sait seulement qu'elle pourra défaillir, on peut, il me semble, considérer qu'il les a faites, avec l'espoir et l'intention d'enlever ce qui pourra l'être sans détériorer la chose, si la *causa* vient à défaillir. Cela étant, il y a, je crois, lieu de décider que, si la *causa* fait en effet défaut, le demandeur aura le choix de conclure à l'enlèvement de ce qui pourra être enlevé, ou au maintien de ce qui a été fait, en remboursant toute la dépense.

devenu créancier : cette faculté doit être reconnue à notre demandeur. Si donc ce demandeur ne se prévaut d'aucun de ces principes, la condamnation va tout naturellement se fixer comme si le défendeur avait été de bonne foi ; c'est précisément ce que désire le demandeur.

On voit par là que la situation de l'*accipiens* de mauvaise foi qui, en raison de ce qu'il peut être considéré comme ayant promis la restitution. ressemble infiniment et même est identique à la situation de celui qui est tenu en vertu d'une promesse productive d'action, en diffère cependant notablement. En effet, le défendeur peut, au gré du demandeur, être considéré comme n'ayant pas fait de promesse de restitution, sans que pour cela le demandeur soit dépourvu d'action contre lui, — tandis que bien évidemment celui qui est devenu créancier en vertu d'une promesse, ne peut en général mettre cette promesse de côté, sans s'interdire toute action contre le débiteur. Il n'en est autrement que dans le cas où l'action contractuelle tend à la restitution d'une chose, dont le demandeur s'est appauvri en vue d'en obtenir la restitution. En pareil cas, ce demandeur a le choix d'exercer l'action contractuelle, ou, s'il le préfère, d'agir *condictione sine causa* pour réclamer l'enrichissement de l'autre partie. Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas de dépôt, de commodat, etc.

De ce long exposé du principe et des effets de la *condictio sine causa,* il est possible de conclure qu'en elle-même, je veux dire indépendamment des principes accessoires, que cette action applique dans certaines circonstances, elle n'est point réipersécutoire, au sens propre du mot, c'est-à-dire fondée sur le principe *cuique suum*, tel que nous l'avons formulé plus haut.

Le principe fondamental de cette action est, en effet, étant donné deux patrimoines, dont l'un est enrichi au détriment de l'autre, de limiter l'action, résultant de cette circonstance, à la quantité dont le patrimoine enrichi a été réellement enrichi, de telle sorte que, si l'appauvrissement subi par l'autre patrimoine est plus considérable, ce dernier se trouve en perte. Tout au contraire, le principe *cuique suum* consiste, étant donné deux patrimoines, dont l'un est en réalité, ou est réputé enrichi aux dépens de l'autre, à faire porter l'action sur la quantité dont le patrimoine du demandeur a été appauvri. ou est censé appauvri, de telle sorte que, si l'enrichissement réalisé par l'autre patrimoine est inférieur, c'est ce dernier qui se trouve en perte.

Bien loin par conséquent que la *condictio sine causa* puisse être considérée comme fondée sur le principe *cuique suum*, on peut aller jusqu'à dire que le principe, sur lequel elle repose, en est, en quelque façon, la contre-partie.

Mais de même que l'action réipersécutoire, du moins dans certains cas, finit par appliquer, à côté du principe *cuique suum*, différents autres principes, de même la *condictio sine causa* applique, selon les circonstances, outre son principe fondamental, d'autres principes encore.

C'est ainsi que, *certi* ou *incerti*, elle applique, au moyen de l'exception de dol, le principe de la répression du dol du demandeur, et que, si elle est *incerti*, elle applique de plus le principe de la répression du dol du défendeur.

Il faut aller plus loin. Nous avons exposé dans quelle large mesure il fut, dans cette action, tenu compte du pacte joint de restitution, qu'il est possible de relever à la charge du défendeur de mauvaise foi. Il en fut tenu compte, dans la *condictio incerti*, en vertu du principe de la répression du dol du défendeur, applicable en général dans toute *condictio incerti*. Dans la *condictio certi*, au contraire, où ce principe n'est pas appliqué, il n'en fut tenu compte que dans des circonstances où le défendeur, opposant une exception de dol, pouvait être considéré comme demandeur, où par conséquent son dol pouvait être réprimé par la *replicatio doli* implicitement contenue dans l'exception de dol.

De quelque manière qu'il soit tenu compte de ce pacte, du moment qu'il en est tenu compte, le défendeur est traité comme s'il avait promis de restituer, par contrat proprement dit, par contrat muni d'action. D'où il faut conclure que la *condictio sine causa*, en tant que le juge y prend en considération un tel pacte de restitution, revêt la qualité d'action réipersécutoire.

Or, il résulte de ce que nous avons dit, que l'on peut relever un tel pacte à la charge de tout défendeur de mauvaise foi, et, par défendeur de mauvaise foi, nous savons qu'il faut entendre, non-seulement celui qui sait, en s'enrichissant au détriment d'autrui, que la *causa* fait défaut ou fera certainement défaut, mais encore celui qui sait que la *causa* pourra défaillir, sans avoir de certitude à cet égard. Ce n'est donc plus que lorsqu'elle est intentée contre un défendeur, qui, ni à l'un ni à l'autre de ces points de vue, ne peut être considéré comme de mauvaise foi, que la *condictio sine causa* peut être regardée comme n'étant réellement pas réipersécutoire.

La conséquence à tirer du fait que la *condictio sine causa*, intentée contre un défendeur de mauvaise foi, doit être considérée comme réipersécutoire, c'est que cette action, à l'instar de toute action réipersécutoire personnelle, ne peut, lorsqu'elle est exercée après une action quelconque ayant eu pour résultat de contribuer à la réparation du préjudice subi par le demandeur, aboutir que dans la mesure où cette

réparation n'a pas été complète. — Cette action n'étant au contraire, aucunement réipersécutoire, lorsqu'elle est intentée contre un défendeur de bonne foi, j'estime que l'exercice n'en est aucunement entravé par la circonstance que le dommage éprouvé par le demandeur a été réparé en tout ou en partie.

§ 3. — Détermination précise des circonstances donnant naissance à la condictio sine causa.

En étudiant les origines de la *condictio sine causa*, nous avons vu cette *condictio* accordée à celui qui effectue sans cause une dation, puis à celui qui, sans cause, enrichit autrui par un fait autre qu'une dation. Ce dernier progrès réalisé, on peut dire que la *condictio sine causa* est accordée à celui qui, sans cause, enrichit autrui, par un fait quelconque émanant de lui.

Il eût, à mon sens, été logique d'étendre la *condictio sine causa* en dehors de ces limites. Je veux dire qu'il eût été logique d'accorder une action en répétition à quiconque se trouvait, sans motif suffisant, appauvri au profit d'autrui, fût-ce sans aucun fait de sa part.

Les auteurs qui considèrent comme un principe admis à Rome que, d'une manière générale, nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, semblent par là même admettre que cette évolution se produisit en effet. Pour ma part, j'estime qu'il n'en fut rien, et que, sauf dans un seul cas, qui est le cas de vol, les Romains refusèrent toujours la *condictio* à qui se trouvait appauvri, sans motif suffisant, au profit d'autrui, sans avoir coopéré d'une manière quelconque à son appauvrissement.

En veut-on une preuve ? Que l'on considère ce qui a lieu, lorsque celui qui a reçu l'indu, aliène la chose reçue, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Le sous-acquéreur est enrichi de la chose, soit pour le tout, soit en tant que la valeur de la chose excède le prix qu'il a déboursé. Cela est incontestable. J'ajoute que cet enrichissement, il le réalise au détriment de l'ancien propriétaire, du *solvens* de l'indu. Cela me paraît non moins évident. Ce sous-acquéreur est-il pour cela exposé à une *condictio* de la part de ce *solvens ?* Non. D'où cela vient-il, si ce n'est de ce que l'enrichissement réalisé par lui, au détriment du *solvens*, l'a été sans aucun fait de ce *solvens ?*

La preuve me paraît péremptoire. Je veux dire que cette seule décision prouve que la *condictio* n'est pas accordée contre quiconque est enrichi sans cause au détriment d'autrui. Il faut quelque chose de plus. Ce quelque chose, c'est un fait de la personne appauvrie. Dans tous

les cas, où l'on ne trouvera pas un tel fait, la *condictio* n'aura pas lieu (97).

A l'appui de cette manière de voir, je ferai remarquer que, dans un grand nombre de cas, où l'enrichissement présente ce même caractère, de s'être produit sans le fait de la personne appauvrie, nous voyons la *condictio* refusée. C'est ainsi qu'elle est refusée, non-seulement contre celui qui a acquis la propriété d'une personne qui ne l'avait reçue que *sine causa*, — comme dans le cas, que nous avons cité, d'aliénation par l'*accipiens* de l'indu, cas auquel on peut ajouter celui d'aliénation par le donataire *mortis causa*, et celui d'aliénation par celui qui a reçu *ut faciat* ou *ut det*, en un mot *ob rem*, — mais encore contre celui qui a reçu la simple possession d'une chose d'un *non-dominus* (98). Par exemple, la *condictio* est refusée au propriétaire contre celui qui a reçu des deniers *mutuandi causa*, ou *solvendi causa*, d'un autre que le propriétaire; elle est refusée également à l'incapable contre celui qui a reçu des deniers de celui auquel cet incapable les avait remis *mutuandi* ou *solvendi causa*.

Il est bien entendu que cet *accipiens a non domino* reste exposé à la revendication, tant que cette action est possible; mais, à côté ou à défaut de la revendication, le propriétaire ne peut exercer aucune action contre lui. C'est ainsi que, si la chose est usucapée, ou détruite, ou mêlée à d'autres, le propriétaire ne peut plus agir contre lui (99).

---

(97) On m'objectera, contre l'exemple que j'ai choisi, et par suite contre la conclusion que je prétends en tirer, que l'enrichissement du sous-acquéreur dérive bien du fait du *solvens*. S'il n'avait pas payé l'indu, le sous-acquéreur n'aurait pas pu recevoir la chose de l'*accipiens*. C'est donc du fait du *solvens*, du paiement par lui effectué, quoique indu, que dérive l'enrichissement du sous-acquéreur. Il est vrai que le sous-acquéreur n'aurait pu être enrichi de la chose, si le propriétaire ne l'avait pas donnée en paiement, mais il est non moins vrai, et c'est ce que l'objection que l'on me fait, passe sous silence, que le fait du paiement n'a pas eu pour conséquence d'enrichir le sous-acquéreur. L'*accipiens* eût très bien pu ne pas aliéner la chose : on ne peut donc dire que le fait du *solvens* ait enrichi le sous-acquéreur.

(98) Alors du moins que cet *accipiens* est de bonne foi au moment de la réception. S'il était de mauvaise foi, j'estime qu'il y aurait vol, et il serait passible de la *condictio*, mais ceci tient à une exception, spéciale au cas de vol, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

(99) Du moins directement, car il peut exercer contre lui la *condictio* qui, dans certaines circonstances, est née au profit du *tradens non-dominus*, je veux dire qu'il peut se la faire céder par lui. C'est ainsi que, si le *non-dominus* a livré des deniers *mutuandi causa*, ou pour faire une donation à cause de mort, et qu'il y ait usucapion par exemple, le propriétaire n'a plus d'action directe contre l'*accipiens*, mais il peut se faire céder par le *tradens non-dominus*, la *condictio* que celui-ci peut exercer contre l'*accipiens* soit tout de suite, soit alors que le terme ou la condition de restitution est arrivée, selon qu'il a livré de bonne foi ou sciemment.

On ne me contestera sans doute pas l'exactitude des solutions que je viens d'exposer, on me concédera que l'acquéreur *a non domino* n'est pas exposé à une *condictio sine causa* de la part du propriétaire, et que le sous-acquéreur de la propriété transférée *sine causa* par le propriétaire n'a rien à craindre de ce dernier (100). Mais on me dira que, s'il en est ainsi, cela ne peut venir de ce que le propriétaire ou ci-devant propriétaire n'a pas concouru, par son fait, à l'enrichissement de ces personnes. Il est en effet, me dira-t-on, un grand nombre de cas où une personne, enrichie sans cause au détriment d'une autre, est soumise à la *condictio*, bien que cette dernière n'ait pris aucune part au fait de l'enrichissement de la première ; d'où il faut conclure que la circonstance, que la personne appauvrie n'a pas coopéré à son appauvrissement, n'a pas pour conséquence nécessaire, l'impossibilité pour elle d'exercer la *condictio*.

Comme exemples de cas, où la personne appauvrie a la *condictio*, encore qu'elle n'ait pas concouru au fait qui l'a appauvrie, on me citera :

1° Le cas de vol. La personne volée a le droit d'exercer une *condictio*, et cependant elle n'a bien certainement pris aucune part au fait qui l'a appauvrie.

2° Le cas où un immeuble est occupé avec violence par un *non-dominus*. Le propriétaire a également une *condictio* (l. 25, § 1, D., *de furtis*, XLVII, 2).

3° Le cas où, sur mon propre sol, je bâtis avec les matériaux d'autrui. Le propriétaire des matériaux a contre moi une action *in factum* (par analogie avec le cas prévu par la loi 23, § 5, D., *de rei vindicatione*, VI, 1), qui très probablement n'est pas autre chose qu'une *condictio*

---

(100) Si on voulait le nier, j'invoquerais, pour défendre mon dire, d'abord le silence des textes sur cette *condictio*, que l'on attribuerait au propriétaire contre l'acquéreur *a non-domino*, et au ci-devant propriétaire contre le sous-acquéreur de la propriété transférée *sine causa*. En second lieu, j'invoquerais les textes qui déclarent que, dans le cas d'usucapion, ou de *consumptio* de la chose donnée en paiement par un *non-dominus*, celui-ci est libéré (l. 47, § 1, D., *mandati*, XVII, 1 ; ll. 17 et 60, D., *de solutionibus*, XLVI, 3). Evidemment cette décision suppose que l'*accipiens*, bien qu'enrichi aux dépens du propriétaire, n'est plus exposé à aucune action de sa part. Et cela est confirmé directement par les textes suivants : l. 13, pr., l. 33, D., *de mort.caus. donat.*, XXXIX, 6. Il est donc certain que l'*accipiens a non-domino*, contre lequel la revendication n'est plus possible, n'est exposé à aucune action de la part du propriétaire. Il en résulte que le sous-acquéreur de la propriété transférée *sine-causa* par le propriétaire, n'a rien à craindre non plus de ce dernier ; il serait en effet contradictoire qu'une *condictio* fût admise contre ce sous-acquéreur, et non contre l'acquéreur *a non-domino*, dont la situation est infiniment moins favorable.

sine causa (101), et cependant quelle part le propriétaire prend-il au fait de la construction ?

4° Le cas où j'unis à ma chose mobilière la chose d'autrui. Le propriétaire a contre moi une *condictio*, qualifiée d'action *in factum* (l. 23, § 5, D., *de rei vind.*).

5° Le cas où je transforme la chose d'autrui, de telle sorte qu'elle devienne mienne (spécification). Le propriétaire a une *condictio*, par analogie avec le cas précédent. Est-il cependant pour quelque chose dans le fait qui l'a appauvri ?

6° Enfin voici encore un cas, cité par la loi 23, D., *de rebus creditis*, XII, 1 : je possède, comme m'ayant été légué, un objet qui vous a été légué à vous. Je suis tenu de la *condictio*. Notez que le texte ne dit pas de qui je tiens la possession, mais il est infiniment vraisemblable que c'est de l'héritier. Que l'on ne dise pas que le texte se place dans l'hypothèse spéciale, où j'aurais reçu la chose de vous-même, et qu'ainsi la *condictio* s'expliquerait par ce fait, que le vrai légataire se serait lui-même appauvri. Rien n'autorise à soutenir que le texte se place dans cette hypothèse particulière. Tout au contraire, nous le répétons, il est extrêmement vraisemblable qu'il suppose que la chose m'a été remise par l'héritier. Si donc vous avez contre moi le droit d'exercer une *condictio*, c'est encore là un cas où la *condictio* est accordée à une personne, qui n'a aucunement concouru à son appauvrissement.

De tous ces exemples, de toutes ces décisions, qui, dans des hypothèses aussi variées, accordent la *condictio sine causa* à une personne qui n'a pas concouru au fait qui l'a appauvrie, n'est-on pas autorisé à conclure que les Romains accordent, en principe, la *condictio* à quiconque est appauvri sans motif au profit d'un autre, fût-ce sans son fait ? Ce principe ne recevrait qu'une seule exception, relative aux sous-acquéreurs, en désignant, sous ce nom, et les sous-acquéreurs proprement dits de la propriété d'une chose aliénée sans cause par le propriétaire, et ceux qui tiendraient la possession d'un autre que du propriétaire.

---

(101) En supposant que l'action *in factum* dont il est ici question, est en réalité une *condictio sine causa*, je ne crois pas être trop téméraire. Si la *condictio sine causa* n'est point *in factum*, en ce sens que l'*intentio* en est toujours *concepta in jus*, on a vu plus haut que, lorsqu'elle est *incerta*, elle a une *demonstratio* que l'on peut regarder comme *in factum concepta*. Elle pouvait donc très bien être qualifiée d'action *in factum*, comme l'action *præscriptis verbis*, qui est souvent appelée *in factum*, quoique la *demonstratio* seule en soit telle.

J'espère réduire à néant cette objection. Des arguments, des exemples qu'elle emploie, pour démontrer que, dans bien des cas, sinon toujours, la *condictio* est accordée même à celui qui est appauvri sans son fait, il n'y a que les deux premiers où ce résultat se produise certainement. Encore ces deux cas peuvent-ils être ramenés à un seul, soumis à une règle exceptionnelle, sur laquelle je m'expliquerai tout à l'heure. Quant aux autres, rien n'est plus hasardé que la conclusion que l'on prétend en tirer.

Prenons d'abord ceux qui sont cités sous les nos 3, 4 et 5 (construction avec les matériaux d'autrui, — adjonction à sa propre chose, de la chose d'autrui, — spécification de la chose d'autrui). Dans ces trois cas, l'ancien propriétaire peut exercer la *condictio;* or, dit-on, il est cependant bien resté étranger au fait qui l'a appauvri; donc voilà au moins trois cas où la *condictio* est accordée à une personne qui n'a en rien coopéré à son appauvrissement. Je réponds en faisant remarquer que ceux-mêmes, qui me font cette objection, ont admis qu'en général, celui qui acquiert *a non domino* n'est pas exposé à une *condictio* de la part du propriétaire. Ils doivent donc reconnaître que la décision qu'ils citent ne doit pas s'appliquer, lorsque l'auteur de la construction, de l'adjonction ou de la spécification a été mis en possession de la chose par un *non dominus*, qu'elle ne vise que celui qui a acquis la possession d'une autre manière. Or, combien y a-t-il de manières d'entrer en possession de la chose d'autrui, sans le concours d'un *non dominus?* Je n'en vois que deux. Ce ne peut être qu'avec le concours du propriétaire, ou sans son concours. — Si c'est avec son concours, voici donc que le propriétaire a coopéré au fait qui l'a appauvri, je veux dire, non point au fait de la construction, de l'adjonction ou de la spécification, mais au fait de la prise de possession de la chose par autrui. Cette prise de possession appauvrissant le propriétaire, et ce dernier ayant concouru au fait de cet appauvrissement, mes adversaires et moi-même devons nous accorder à lui permettre d'agir *condictione sine causa*, même antérieurement à toute transformation de la chose. — Si au contraire la prise de possession de la chose a eu lieu sans le concours du propriétaire, il y a vol, auquel cas, selon ce que nous dirons tout à l'heure, le propriétaire a le droit d'agir *condictione sine causa (furtiva)*. Mais les textes, dont nous nous occupons, n'ont pas en vue le cas de vol, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre à la seule lecture.

Ainsi, de l'aveu même de nos adversaires, nos textes ne parlent que de la construction, etc., accomplie par une personne, qui s'est mise en possession avec le concours du propriétaire; de leur aveu aussi, la *condictio* est, en pareil cas, admissible, non-seulement depuis le moment

où la chose a été transformée, mais depuis le moment de l'entrée en possession. D'où il suit que, de leur propre aveu, les hypothèses qu'ils nous opposent, contiennent purement et simplement une application des règles de la *condictio sine causa*, telles que nous les entendons, en d'autres termes, que la *condictio* est ici, comme dans tous les cas que nous avons étudiés jusqu'ici, accordée à une personne qui a concouru au fait de son appauvrissement.

On objectera, contre l'explication que je donne, qu'en laissant de côté la mise en possession par un *non-dominus*, on peut entrer en possession de la chose d'autrui, sans qu'il y ait vol, et sans cependant que le propriétaire ait concouru à cette mise en possession. Cela, je le nie. Mais que l'on me comprenne bien : je n'entends pas dire qu'à côté du cas de vol, il n'y ait place que pour une mise en possession faite par le propriétaire en pleine connaissance de cause. Je prétends que, dans tous les cas où il n'y aura pas vol, il y aura un certain concours du propriétaire à l'entrée en possession, et que ce sera précisément ce concours qui empêchera de dire qu'il y ait vol. A côté de ce premier effet, ce concours, s'il a été effectué *sine causa,* aura encore pour résultat de permettre au propriétaire d'exercer une *condictio.*

On m'objectera encore que la loi 23, § 5, *de rei vind*, présente cette *condictio* comme prenant naissance au moment de l'adjonction, ce qui va directement contre ce que j'ai dit de la naissance de la *condictio* au moment de l'entrée en possession. Je réponds que ce texte ne parle de la *condictio* que depuis l'adjonction, parce que auparavant, dans l'hypothèse du texte, elle est rendue inutile par la revendication. Mais cette manière de parler n'autorise pas à dire que la *condictio* n'existe pas tant que le propriétaire peut recourir à la *rei vindicatio.*

Je passe à l'hypothèse prévue au n° 6, et je commence par déclarer que je suis, comme mes adversaires, convaincu que ce texte prévoit le cas où le faux légataire a été mis en possession, non point par le vrai légataire, mais par l'héritier. En conclurons-nous, avec nos adversaires, que c'est donc là un cas où la *condictio* est accordée à une personne appauvrie sans son fait, est accordée contre une personne qui a reçu *a non domino ?* Nullement. Que l'on remarque en effet que l'héritier peut et doit être considéré comme possédant, avant la remise de la chose léguée, pour le compte du vrai légataire, quel qu'il soit. Lorsque, par erreur ou sciemment, il vient à remettre la chose à quelqu'un qui n'y a aucun droit, on peut dire que c'est le légataire lui-même qui effectue cette remise. De là, selon nous, l'action, la *condictio*, accordée au vrai légataire, — *condictio*, remarquons-le, qui prend naissance au moment de la remise même, et que le texte ne met en lumière qu'au moment où elle devient le plus utile, par la disparition de la revendication.

On voit que, en laissant toujours de côté les deux premiers cas cités par nos adversaires, on ne peut aucunement conclure que les Romains aient reconnu, d'une manière générale, la *condictio* à quiconque se trouvait appauvri, même sans son fait. Tout au contraire, dans les cas où il s'agit manifestement d'une personne appauvrie sans son fait, nous voyons la *condictio* refusée (elle est refusée contre le sous-acquéreur de la propriété, aliénée *sine causa*, — elle est refusée contre la personne qui a acquis *a non domino*). N'est-il pas logique d'en conclure que, dans les textes, qui, accordant la *condictio*, ne mettent pas en lumière la circonstance que la personne, à laquelle ils l'accordent, a, par son fait, concouru à son appauvrissement, il faut suppléer cette circonstance ? C'est ce que nous avons fait pour les hypothèses citées aux nos 3, 4 et 5 : les textes semblent parler en général de celui qui emploie la chose d'autrui à une adjonction, etc., sans distinguer entre le cas où il aurait reçu la chose avec le concours du propriétaire, et tout autre cas. Nous avons admis qu'ils ne parlent en réalité que du premier cas, et non des autres, auxquels ils ne pourraient être appliqués, que par une violation flagrante des règles, d'autre part certaines, suivant lesquelles les acquéreurs *a non domino* ne sont pas soumis à la *condictio* de la part du propriétaire. C'est pour ne point violer ces mêmes règles, que nous dirons que, dans les lois 3, Code, *de rei vindicatione*, III, 32, et 1, Code, *de rebus alienis non alienandis*, etc., IV, 51, où nous voyons la *condictio* admise contre celui qui a aliéné la chose d'autrui, il faut admettre que cet aliénateur est entré en possession, non pas par le fait d'un *non-dominus*, mais avec le concours du propriétaire lui-même. (Je laisse de côté le cas de vol, et celui où une chose immobilière a été occupée avec violence, les textes cités se référant certainement à une personne entrée, de bonne foi, en possession de la chose d'autrui).

En considérant comme admise par le droit romain, la règle en vertu de laquelle la *condictio* ne serait accordée qu'à une personne appauvrie par son fait contre celui que ce fait a enrichi, et non jamais contre celui qui se trouve enrichi sans cause aux dépens d'une autre personne, sans le fait de cette dernière, il nous faut regarder comme une véritable exception aux règles générales, l'octroi de la *condictio* à celui qui est victime d'un vol, ou à celui dont l'immeuble est occupé avec violence par une autre personne. Ces deux cas n'en font en réalité qu'un seul, celui de vol, car il est évident que, à supposer que la *condictio* soit accordée contre celui qui occupe avec violence l'immeuble d'autrui, ce qui peut être contesté, il faut voir là un reste de l'ancienne théorie, suivant laquelle il pouvait y avoir vol d'immeubles. Cette remarque

faite, d'où vient la *condictio* accordée dans le cas de vol ? Gaius nous le dit : elle a été admise *odio furum*, par haine contre les voleurs (Gaius, IV, 4). Au point de vue juridique, c'était une inconséquence. Je dirai bientôt que cette inconséquence était au fond très logique, et qu'elle eût dû être érigée en règle générale ; mais n'anticipons pas.

On voit que, — tandis que le système que nous combattons, admet, en règle générale, la *condictio* contre quiconque est enrichi sans cause au détriment d'autrui, fût-ce sans le fait de ce dernier, sauf une exception relative aux sous-acquéreurs de la propriété transférée sans cause par le propriéraire, et à ceux qui ont acquis *a non-domino* la possession de la chose d'autrui, — nous admettons, en règle générale, que la *condictio* n'est accordée que contre celui qui est enrichi sans cause aux dépens d'autrui, par le fait de ce dernier, sauf une exception relative au cas de vol. Ni le système que nous combattons, ni le nôtre n'a donc le mérite de tenir tout entier dans une règle sans exception. Cet inconvénient logique étant commun aux deux systèmes, lequel doit être préféré ?

La question amenée à ce point, je crois que notre système s'impose. La prétendue exception du système adverse n'est en effet présentée nulle part comme une exception. Tout au contraire, en présentant comme exceptionnel l'octroi de la *condictio* à la personne volée, nous pouvons nous appuyer sur Gaius, IV, 4.

On me dira que, dans ce texte, la *condictio furtiva* ne nous est présentée comme exceptionnelle, qu'au point de vue de la forme, c'est-à-dire en tant que la formule en contient les mots suivants : *si paret (furem) dare oportere*, alors que le volé, étant resté propriétaire, ne peut demander qu'il lui soit fait dation de la chose qui lui a été soustraite. De telle sorte que, quoique exceptionnelle quant à la forme, cette *condictio* est peut-être parfaitement régulière au fond, et analogue, par exemple, à celle qui est accordée à celui qui, sans rien devoir, a livré en paiement la chose d'autrui. — Je réponds que, dans ce texte, ce qui est présenté comme exceptionnel, ce n'est point tant la formule de la *condictio furtiva*, que son existence à côté de la revendication. Or, en réalité, il n'est pas rare de voir coexister la revendication et une *condictio* : ce phénomène se produit dans tous les cas où un propriétaire remet la détention de sa chose *certa causa*, lorsque la *causa* fait défaut. Par exemple, dans le cas de commodat, une fois arrivé le terme fixé pour la restitution, — dans le cas de dépôt, dès que le déposant le veut, etc. Au fond, ce que Gaius veut dire, ce n'est donc point que l'existence de la *condictio furtiva* à côté de la revendication, soit exceptionnelle en raison de cette seule coexistence. Il veut dire que cette coexistence a quelque chose d'exceptionnel, mais il ne dit pas quoi. Ce

ne peut être, il me semble, que ce fait que la *condictio furtiva* est accordée contre une personne enrichie au détriment d'autrui, sans le fait de ce dernier.

Au surplus, je reconnais volontiers que, dans une certaine hypothèse, la formule de la *condictio furtiva* présente, elle aussi, quelque chose d'exceptionnel. Je dis : dans une certaine hypothèse. Tout prouve en effet que, lorsque le vol a porté sur autre chose qu'une somme d'argent, la *condictio furtiva* est *incerti*. L'*intentio* en est donc en général rédigée ainsi : *Quidquid paret dare facere oportere.* Une telle *intentio* n'a rien d'exceptionnel; elle est tout-à-fait appropriée aux circonstances auxquelles s'applique la *condictio*. Car le vol d'une chose quelconque procure au voleur un enrichissement, dont l'importance n'est pas déterminée. Cela est tellement vrai, qu'il en est ainsi, alors même que le vol a eu pour objet une somme d'argent. Le voleur d'argent, en effet, ne devient pas propriétaire des deniers qu'il dérobe. On ne peut donc dire qu'il soit enrichi de la valeur de ces deniers; on ne peut préciser l'importance de son enrichissement; tout ce que l'on peut dire c'est qu'elle est inférieure à la valeur de la somme volée. Il serait donc logique, du moment que l'on accorde, à la victime du vol, une *condictio* pour réclamer cet enrichissement, de la rédiger à la manière incertaine, même quand le vol a porté sur une somme d'argent. Or, il n'en est rien. Étant donné d'une part que la *condictio furtiva* est *incerti*, lorsque le vol a porté sur autre chose que de l'argent, étant donné, d'autre part, sur la foi de Gaius, que cette *condictio*, au moins dans certains cas, comporte une formule certaine, il faut que ces cas soient ceux où c'est une somme d'argent qui a été volée. C'est en cela que la formule de la *condictio furtiva* est exceptionnelle.

Ce caractère exceptionnel de la formule de la *condictio furtiva*, accordée dans le cas de vol d'une somme d'argent, me paraît d'ailleurs prouver qu'au moins à une certaine époque, cette action était exceptionnelle au fond.

Car comment expliquer cette anomalie de la formule? Cela est possible, je crois, si l'on veut bien admettre que la *condictio furtiva* fut accordée au propriétaire, dès l'époque lointaine, où la *condictio sine causa* n'était, en général, admise qu'à la suite d'une dation faite *sine causa*, et non à la suite d'un fait accompli *sine causa*. Nous avons démontré que la théorie de la *condictio sine causa*, fondée sur les règles du *mutuum*, passa réellement par cette phase. A cette époque, ainsi que nous l'avons dit, la *condictio* se présentait sous deux formes distinctes; lorsqu'il y avait eu dation d'une somme d'argent, elle était *certi*; lorsqu'il y avait eu dation de quelque autre chose, elle était, au

contraire, *incerti*. Si l'on admet que la création de la *condictio furtiva* remonte à cette époque, on comprend que les Romains, désireux d'atteindre le voleur, et décidés, pour l'atteindre, à aller jusqu'à établir qu'il serait exceptionnellement soumis à la *condictio*, n'aient pas pris la peine de rien changer aux formules existantes, et par conséquent aient employé, alors qu'il s'agissait d'un vol d'argent, les mots employés jusque-là chaque fois qu'il s'agissait d'argent: *si paret dare oportere*. Sans doute cela n'était pas très régulier, mais on doit voir que cette irrégularité était presque inévitable.

Tout au contraire, on ne comprendrait pas l'anomalie de la formule de la *condictio furtiva*, si cette action était considérée comme ayant pris naissance par le jeu régulier des principes. Son origine serait alors beaucoup plus récente. Elle n'aurait pu prendre naissance, qu'après l'admission de la *condictio* contre celui qui est enrichi par le fait quelconque (et non plus seulement par la dation) de celui qui est appauvri, au moment où se serait fait jour le principe, encore plus général, en vertu duquel la *condictio* aurait été accordée même à celui qui est appauvri sans son fait. Or, dès le moment où l'on admit que le simple fait (autre qu'une dation) de la personne appauvrie l'autoriserait à exercer la *condictio*, on cessa d'appliquer la formule: *si paret dare oportere* à tous les cas où une somme d'argent avait passé indûment d'une personne à une autre. Continuant d'appliquer cette formule, lorsque cette remise avait consisté en une translation de propriété effectuée sans cause, on employa au contraire la formule *incerta*, lorsque cette remise n'avait été qu'une simple remise de la possession, par exemple, dans le cas où une personne avait, sans rien devoir, remis à titre de paiement les deniers d'autrui. Si donc la *condictio furtiva* n'avait apparu que postérieurement à cet état de choses, bien certainement l'on n'aurait pas hésité à y appliquer la formule *incerta*, même alors que le vol aurait porté sur de l'argent. Le caractère exceptionnel de la formule de cette *condictio* ne s'expliquerait donc pas.

Étant ainsi établi que, du moins à l'époque de son apparition, la *condictio furtiva* fut exceptionnelle, quant au fond, on pourrait, nous accordant ce point, prétendre que ce caractère exceptionnel disparut avec le temps. Non par des changements apportés à la *condictio furtiva* elle-même, mais par la généralisation de son fondement, par l'admission d'un nouveau principe, en vertu duquel la *condictio* eût été dorénavant accordée à quiconque serait appauvri, même sans son fait. Je ne répondrai rien à cette allégation, sinon qu'elle est purement gratuite. Que l'on me cite, en-dehors de la *condictio furtiva*, un seul cas d'application de ce nouveau principe, et je n'hésite pas à adopter le principe lui-même.

Mais nous avons déjà vu qu'il n'y en a pas. Pourquoi donc ne pas admettre que la *condictio furtiva*, exceptionnelle en la forme, qui fut, nous l'avons montré, exceptionnelle au fond à une certaine époque, resta toujours, à ce même point de vue du fond, en dehors des règles générales ? Pour nous, nous l'admettrons, sans le moindre scrupule, nous rappelant que la proclamation du principe contraire ne va pas sans une importante restriction, relative aux sous-acquéreurs de la propriété transférée sans cause, et aux acquéreurs *a non domino* de la chose d'autrui, — restriction dont le caractère exceptionnel est encore bien moins prouvé que celui de la *condictio furtiva*.

A côté de cette exception aux principes généraux, — exception consistant dans l'octroi d'une *condictio*, la *condictio furtiva*, à la victime d'un vol, bien que cette personne soit évidemment restée étrangère au fait qui l'a appauvrie, — nous devons, pour ne rien passer sous silence de ce qui se rattache aux actions accordées en raison d'un enrichissement réalisé sans cause, mentionner deux actions spéciales, ayant leur nom et leurs caractères propres, dans lesquelles le principe, que nous avons essayé de démontrer, est mis de côté et remplacé par le principe contraire, c'est-à-dire par lesquelles une personne appauvrie sans cause au profit d'une autre, peut agir contre celle-ci, bien qu'elle n'ait pas coopéré au fait qui l'a appauvrie. Il s'agit de l'action *quod metus causa* et de l'action paulienne. La première est accordée contre les sous-acquéreurs (voy. l. 14, § 5, D., *quod. met. c.*, IV, 2). La seconde est accordée aux créanciers contre les ayant-cause de leur débiteur, c'est-à-dire contre des personnes à l'enrichissement desquelles ils n'ont concouru ni par une dation, ni par aucun fait.

L'existence de ces deux actions avec ce caractère ne peut pas sérieusement nous être opposée, pour démontrer, contre nous, que le principe romain des *condictiones sine causa*, n'est pas celui que nous avons admis, mais plutôt le principe que celui qui est appauvri sans cause au profit d'un autre, a action contre lui, encore bien qu'il n'ait, par aucun fait, coopéré à cet appauvrissement. Si cependant on voulait se servir contre nous de cet argument, je ferais remarquer que, si ces deux actions ne contenaient qu'une application du droit commun, elles ne se seraient pas produites, et surtout elles ne se seraient pas maintenues avec un nom particulier, et une individualité distincte (102). Exception-

(102) Je fais remarquer que je ne parle ici de l'action *quod metus causa*, qu'en tant qu'elle est accordée à la suite d'un acte, arraché par crainte, ayant appauvri une personne, et en ayant enrichi une autre. Je ne parle pas de l'action *quod metus causa* accordée à la suite d'un acte, arraché par crainte, qui a appauvri une per-

nelles, elles le furent certainement à leur origine. Que l'on se reporte en effet à l'époque de leur création : bien certainement à cette époque, la *condictio sine causa* n'était encore admise qu'au profit de celui qui avait fait une dation sans cause. Or, dès sa création, l'action *quod metus causa* est accordée à celui qui, sous le coup d'une crainte, s'est appauvri, au profit d'autrui, autrement que par une dation. Quant à l'action paulienne, elle est accordée exclusivement à des personnes qui sont appauvries, non-seulement sans qu'il y ait de dation accomplie par elles, mais sans qu'il y ait aucun fait de leur part. De là sans doute vient que ces actions ont un nom spécial. Mais ce nom, ou si l'on veut, cette individualité propre, pourquoi l'ont-elles conservée, si plus tard le principe, appliqué par elles, est devenu le droit commun ? Pourquoi n'ont-elles pas disparu, si, à côté d'elles, la *condictio sine causa* s'est développée au point de se confondre avec elles ?

Ce raisonnement s'applique absolument à l'action paulienne. — Quant à l'action *quod metus causa*, on me dira qu'elle s'est maintenue avec son individualité propre, à cause des effets particuliers, qu'elle produisait dans le cas de non-exécution de l'*arbitrium*, à cause de la possibilité d'une condamnation au quadruple. — Cette objection est pressante, et je reconnais que cette circonstance est de nature à expliquer le maintien de l'action *quod metus causa*, en tant qu'action distincte, pendant l'année qui suit l'emploi de la crainte. Je dis : pendant l'année qui suit l'emploi de la crainte, car ce n'est que pendant cette année que la condamnation peut porter sur le quadruple. Mais, cette année écoulée, elle ne peut plus porter que sur le *simplum* ; dès lors elle aurait dû se confondre avec la *condictio*, et cependant nous la voyons expressément accordée, en tant qu'action distincte, même après l'année qui suit l'emploi de la crainte. Même, cette année écoulée, elle a un caractère particulier : elle est subsidiaire, elle ne se donne qu'à défaut d'autre action. Et cela même prouve que la *condictio* n'est pas applicable dans tous les cas où elle l'est, car, s'il en était ainsi, la *condictio* l'exclurait en toute hypothèse, et il ne serait même plus possible de parler d'action *quod metus causa*, après une année écoulée.

On voit que, bien loin d'être un argument contre nous, l'existence de l'action paulienne et de l'action *quod metus causa* est favorable à

---

sonne sans en enrichir une autre, par exemple à la suite de la destruction de sa chose, accomplie par un propriétaire, menacé à cet effet. Il est clair que l'action *quod metus causa* ne pouvait aucunement être suppléée, dans cet ordre de ses applications, par la *condictio sine causa*.

notre système. Nous répéterons donc, avec une conviction plus entière que jamais, que la *condictio sine causa* n'est, sauf le cas de vol, jamais accordée qu'à une personne ayant concouru, par son fait, à enrichir sans cause autrui à ses dépens.

J'allais oublier de faire remarquer que l'action *negotiorum gestorum directa*, accordée à celui dans les affaires duquel une autre personne s'est immiscée, avec l'intention de lui rendre service, sans esprit de libéralité, quoiqu'il n'ait aucunement concouru à cette gestion, n'est en réalité pas une exception au principe que l'appauvrissement d'une personne, survenu sans cause au profit d'une autre, ne lui permet de recourir contre cette dernière, que s'il s'est réalisé par le fait de la personne appauvrie. Cette action en effet n'est pas fondée sur l'enrichissement du *negotiorum gestor*, mais bien sur l'idée de mandat tacite, donné par le maître et accepté par le gérant d'affaires. Elle ne saurait donc être alléguée, contre nous, pour soutenir que les Romains ne s'en tinrent pas au principe, que la *condictio* n'est jamais accordée, sauf dans le cas de vol, qu'à celui qui a, par son fait, concouru à enrichir, sans cause, autrui à son détriment.

§ 4. — Critique de la théorie des condictiones sine causa.

Ce que j'ai l'intention de critiquer, dans ce paragraphe, ce n'est pas la théorie de la *condictio sine causa*, dans ce qu'elle a de positif, — j'estime en effet que la création de cette théorie, même restreinte dans les limites, que l'on ne crut pas devoir lui faire franchir, constitua un progrès immense, — mais bien ce qu'elle a de négatif, je veux dire la non-extension de cette théorie au-delà des bornes, dont nous avons, dans le paragraphe précédent, reconnu le maintien.

Les Romains, à mon sens, auraient dû généraliser le principe appliqué exceptionnellement dans la *condictio furtiva*, et aussi dans l'action *quod metus causa* et dans l'action paulienne. Ce que réclame l'équité, c'est que l'enrichissement réalisé sans cause, au détriment d'une personne, soit restitué : la circonstance que cet enrichissement s'est réalisé sans le fait de la personne appauvrie, est sans importance.

Cette généralisation eût logiquement comporté trois étapes successives.

Le premier progrès eût consisté à poser en principe que l'appauvrissement sans cause, au profit d'une autre personne, donnerait action à la personne appauvrie, qu'elle eût coopéré ou non, au fait de son appauvrissement, — sans toutefois toucher aux règles existantes des actions réelles et des actions personnelles fondées sur le consentement.

Il fût résulté de là, notamment, que les sous-acquéreurs de la propriété aliénée sans cause, et les acquéreurs *a non domino* eussent été soumis à une *condictio* de la part du propriétaire ou ci-devant propriétaire, laquelle eût d'ailleurs produit des effets différents, selon leur bonne ou leur mauvaise foi. Cette *condictio* eût en particulier été admissible, non-seulement avant, mais même après l'usucapion accomplie par l'acquéreur *a non domino*.

Les actions réelles et les actions personnelles contractuelles eussent d'ailleurs continué de subsister avec leurs règles propres. — C'est ainsi que l'action réelle par excellence, la revendication eût continué d'être admissible contre quiconque détient une chose qui m'appartient, tant que cette chose subsiste dans son individualité, et n'a pas été usucapée. Mais la revendication n'eût plus jamais existé seule ; elle eût toujours été accompagnée d'une *condictio* plus ou moins avantageuse qu'elle-même. — De même, l'action personnelle contractuelle eût continué d'être admissible comme par le passé. A la différence de l'action réelle, elle eût pu se trouver en concours avec la *condictio*, par exemple dans le cas de commodat ou dans le cas de stipulation de restitution d'une chose aliénée par moi à charge de restitution, etc. ; ou exister seule, par exemple, dans le cas de stipulation d'une chose ne m'ayant jamais appartenu et n'ayant jamais été en ma possession. — Il importe ici de remarquer que, dans les cas où, à côté de l'action contractuelle, eût existé la *condictio*, cette *condictio* eût en général été moins avantageuse que l'action contractuelle, du moins contre le promettant lui-même : c'est ainsi notamment qu'elle n'eût pu aboutir à une condamnation dans le cas de perte de la chose par le fait du promettant, exempt de dol et de faute. Mais elle eût eu ce grand avantage sur l'action contractuelle, qu'elle eût pu, conformément à l'extension du principe de la *condictio*, être exercée contre les sous-acquéreurs de la chose due.

Un second progrès eût consisté à accorder la *condictio* dans tous les cas d'action contractuelle, et non plus dans quelques-uns seulement. L'action contractuelle en effet est, pour qui va au fond des choses, fondée sur l'idée d'enrichissement indu : la promesse peut être considérée comme l'aveu d'un enrichissement indu au profit du débiteur. Dès lors il n'est pas besoin d'autres circonstances pour justifier l'octroi de la *condictio*. Remarquons que, si, nulle part dans les textes, nous ne trouvons trace de cette idée, cela peut s'expliquer par ce fait, que la *condictio* ne fut en général pas admise contre ceux qui se trouvaient enrichis sans le fait de la personne appauvrie, et notamment contre les sous-acquéreurs de la chose dont un patrimoine se trouvait privé sans cause. La *condictio* ayant ce caractère, il était bien inutile de la recon-

naître, d'une manière générale, au créancier contractuel, car, contre le débiteur lui-même, elle lui eût, presque toujours, été moins avantageuse que l'action contractuelle, et, contre les sous-acquéreurs, elle n'eût pas été possible. J'estime que, si le premier progrès, dont nous regrettons la non-réalisation, se fût produit, la *condictio*, qui eût alors pu en général être exercée contre les sous-acquéreurs, eût été reconnue à tout créancier contractuel. Elle lui eût été utile, non contre le débiteur lui-même, mais contre les sous-acquéreurs de la chose due.

Le troisième et dernier progrès eût consisté, étant donné que désormais ni l'action réelle, ni l'action contractuelle ne se fût plus jamais trouvée seule, mais eût toujours été accompagnée d'une *condictio sine causa*, plus ou moins avantageuse, mais toujours plus équitable, à fondre l'action réelle, et aussi l'action personnelle avec la *condictio*, — ou, si l'on veut, à les supprimer.

Dès lors, l'harmonie eût été complète ; complet, le règne du principe, si éminemment équitable, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, principe méconnu, dans la revendication, au profit du revendiquant ou du défendeur, méconnu, dans l'action contractuelle, au profit du créancier (le débiteur est responsable de son fait), sans compter qu'à l'inverse, le créancier n'a pas d'action contre les sous-acquéreurs de la chose due.

Que l'on ne m'accuse pas de me laisser entraîner à des vues chimériques, que l'on ne me dise pas que cette transformation radicale, eût-elle été proposée aux jurisconsultes romains, eût certainement été rejetée par eux. Je prétends que les trois progrès, que je viens de signaler, n'eussent point tant répugné aux jurisconsultes romains. Bien plus je prétends qu'ils furent sur le point de les réaliser. En veut-on la preuve? Que l'on étudie attentivement les règles de la pétition d'hérédité. On y trouvera, trait pour trait, l'état de droit que j'ai indiqué comme résultat du dernier progrès que le droit romain eût dû accomplir. En d'autres termes, nous trouvons réalisés, dans une hypothèse particulière, les trois progrès, que nous aurions voulu voir accomplir d'une manière générale. S'ils ne furent point réalisés avec la généralité, qui eût été à souhaiter au double point de vue de la logique et de l'équité, cela tint à des circonstances de détail, et notamment à une terminologie vicieuse.

Au premier abord, on ne comprend pas la pétition d'hérédité, je veux dire que l'on ne se rend pas compte de l'utilité d'une action spéciale, accordée à l'héritier pour faire valoir ses droits. N'a-t-il pas assez des actions du défunt, qui, de plein droit, passent sur sa tête? Qu'une chose héréditaire, une chose ayant appartenu au défunt, soit détenue

par un tiers, — qu'un débiteur du défunt refuse de s'acquitter entre les mains de l'héritier, ce dernier ne trouve-t-il pas une protection suffisante dans l'action en revendication ou dans l'action personnelle, que le défunt lui-même eût pu exercer dans de telles circonstances ?

Notez bien que je n'entends pas dire que la preuve que l'héritier aura à faire, pour triompher dans cette action, à supposer qu'il l'exerce, sera, dans tous les cas, la même que celle qu'eût dû faire le défunt pour y triompher lui-même. En règle, en effet, l'héritier doit, à la preuve qui eût pu être exigée du défunt, à la preuve que le défunt était propriétaire ou créancier, ajouter, si cette qualité lui est contestée, la preuve qu'il est héritier de ce défunt. Mais il est clair que cette preuve plus complexe ne change pas la nature de l'action exercée par l'héritier ; on peut dire que l'héritier a précisément la même preuve à faire que le défunt : il doit prouver en effet que la chose lui appartient à lui, demandeur, qu'il est, lui, demandeur, réellement créancier.

Il est à remarquer cependant que, si l'héritier eût été réduit, à l'origine, à se contenter des actions spéciales ayant appartenu au défunt (actions qui, au point de vue théorique, lui appartiennent incontestablement), il en fût résulté pour lui une situation pleine d'inconvénients. Que l'on se reporte, en effet, à l'époque des *legis actiones*, dans leur état le plus ancien, je veux dire au moment où toutes les actions devaient être intentées dans la forme du *sacramentum*. A cette époque, bien certainement il était impossible, d'une manière générale, d'intenter simultanément deux ou plusieurs actions, c'est-à-dire d'en faire dépendre la solution, d'un seul et même *sacramentum*. Cela, par le motif que la décision du juge ne pouvait admettre de degrés, et ne pouvait par conséquent statuer sur un *sacramentum*, qui eût pu, de la part d'une même partie, être partiellement *justum*, et partiellement *injustum*. De cette impossibilité d'intenter, en même temps, plus d'une action, fût résultée, pour l'héritier réduit aux seules actions du défunt, la nécessité de les intenter l'une après l'autre, ou, du moins, au moyen d'un *sacramentum* particulier pour chacune d'elles. Bien certainement, il eût pu, ayant triomphé dans une première action, invoquer, dans les suivantes, la chose jugée, en tant que, dans ces dernières, le défendeur eût prétendu mettre en question un point tranché par la première décision. C'est ainsi qu'il n'eût notamment pas eu à faire, plus d'une fois, la preuve de sa qualité d'héritier. Il n'en est pas moins vrai qu'il eût dû recourir à autant d'actions distinctes, que le défunt lui-même eût pu être obligé de le faire.

On me dira que, si sa situation n'est pas plus mauvaise que celle du défunt, on ne voit pas en quoi il serait tant à plaindre, pourquoi dès

lors on crut nécessaire de lui accorder une action particulière. — Je réponds que, si, en droit, sa situation n'est pas plus mauvaise que celle du défunt, en fait elle le sera bien souvent. Je m'explique. Supposant que toutes les actions, dont il s'agit dans un cas donné, c'est-à-dire que l'héritier prétend tenir du défunt, aient été acquises par le défunt de son propre chef, qu'il les tienne de lui-même, et non d'une autre personne à laquelle il aurait succédé, en fait, de son vivant, ces actions auront en général pour sujet passif, pour défendeur, si l'on préfère, des personnes différentes. Dès lors, il n'y a aucune raison de déplorer que celui, qui prétend les exercer, soit obligé de le faire successivement, ou au moins séparément ; il ne peut en être autrement. Que si par hasard la même personne est sujet passif de plusieurs actions, ce ne sera jamais que de quelques actions en petit nombre ; ces actions soulèveront d'ailleurs, presque toujours, des questions essentiellement différentes, et, en raison de cette circonstance, il n'y a pas lieu de regretter qu'elles doivent être soumises à des procédures distinctes. — Tout au contraire, lorsqu'il s'agit d'un héritier, il arrivera souvent qu'il aura à exercer un très grand nombre d'actions, contre une seule et même personne (103), et que toutes ces actions, susceptibles d'ailleurs de soulever des questions différentes, en soulèveront cependant de plus une seule et même, savoir celle de la qualité d'héritier de celui qui prétendra les exercer. C'est ainsi que le détenteur de plusieurs *corpora hereditaria* peut alléguer, pour se refuser à les restituer, que ces objets n'appartenaient pas au défunt ; l'héritier devra prouver, pour chacun d'eux, et le plus souvent par des voies différentes, qu'il était la propriété du défunt, — mais de plus il devra établir, ou mieux il devra être établi, relativement à chacun d'eux, dans chacune des actions par lesquelles l'héritier les réclamera, que le demandeur est bien héritier du défunt.

Bien plus, il se peut qu'un très-grand nombre d'actions, à sujet passif identique, ne soulèvent qu'une seule et même question, celle de la qualité d'héritier du demandeur : cela arrivera, lorsque le défendeur avouera que toutes ces actions appartenaient, ou, si l'on veut, eussent appartenu au défunt, et ne contestera que la qualité d'héritier du demandeur.

C'est lorsque le défendeur, contestant la qualité d'héritier du demandeur, prétendra de plus être héritier lui-même, que se présentera le plus

---

(103) On n'a qu'à supposer qu'une personne soit en possession de tous les *corpora hereditaria* : il y aura lieu d'exercer autant de revendications, qu'il y a de *corpora* distincts.

souvent, et avec le plus d'ampleur, le concours de ces deux circonstances, savoir l'existence d'un grand nombre d'actions ayant le même sujet passif, — l'unité et l'identité de question dans toutes ces actions. Si l'on se représente ce qui devait se passer *in jure*, dans de telles circonstances, on comprendra facilement la naissance de la pétition d'hérédité. Il est vraisemblable en effet que le demandeur, celui qui se prétendait héritier, trouvant une seule et même personne en possession d'un grand nombre d'objets héréditaires, devait, l'ayant appelée *in jure*, lui demander de reconnaître son droit de propriété sur tous ces objets (104). Le défendeur, se prétendant héritier, ne devait sans doute pas cacher cette prétention, et dire : « non, vous n'en êtes pas propriétaire ; c'est moi qui le suis, à titre d'héritier de telle personne ». A quoi le demandeur : « mais c'est moi qui suis l'héritier de cette personne ». Le débat se trouvait ainsi circonscrit à cette seule question : *quis sit heres ? cui hereditas ?* Quoi de plus naturel que de faire porter le *sacramentum* sur cette question, plutôt que de l'engager relativement à un seul objet, sauf à revenir *in jure* pour chacun d'eux ? Or engager le *sacramentum* sur cette question, ce n'est pas autre chose que créer la pétition d'hérédité.

Que si nous cherchons à analyser la nature du *judicium* qui suit un tel *sacramentum*, ou plutôt de la sentence qui termine ce *judicium*, nous voyons, qu'à l'égard des actions, dont il a été fait mention *in jure* et auxquelles le défendeur n'a résisté que parce qu'il déniait au demandeur la qualité d'héritier, cette sentence les tranche toutes. On peut dire que toutes ces actions ont été exercées d'un seul coup, et jugées. — A l'égard des actions, dont il a été fait mention *in jure*, et auxquelles le défendeur a déclaré résister, non-seulement parce qu'il ne reconnaissait pas au demandeur la qualité d'héritier, mais parce qu'il niait le droit du défunt lui-même, la sentence dont nous parlons, ne constitue qu'un *prœjudicium*, une preuve partielle. — Il en est de même à l'égard des actions, dont le demandeur n'a pas fait mention *in jure*, et qu'il voudrait plus tard exercer, du chef du défunt, contre le même défendeur.

---

(104) Je n'entends point parler ici d'une véritable *provocatio sacramenti* relative à la propriété de tous ces objets, — car cela irait directement contre ce que j'ai dit ci-dessus de l'impossibilité de faire porter la *provocatio sacramenti* sur plus d'une question à la fois, — mais de ce débat, en quelque sorte préparatoire, qui devait certainement s'engager devant le magistrat, avant l'accomplissement des formalités de la *legis actio*, pour déterminer précisément en quels termes et sur quel point il serait procédé à cette *legis actio*.

On voit que la pétition d'hérédité, je veux dire la *legis actio* portant sur la question : *cui sit hereditas*, et le *judicium* qui la suit, nous apparaît avec le double caractère d'être : 1° une collection de certaines actions ayant appartenu au défunt, et 2° un *prajudicium* relatif aux autres actions ayant appartenu à ce défunt.

Il est absolument certain que la pétition d'hérédité devait normalement présenter ce double caractère. Cependant cette manière de procéder ayant passé dans les habitudes, on arriva à permettre d'engager le *sacramentum* sur la question : *cui sit hereditas*, sans qu'aucune action spéciale eût été visée *in jure*. La loi 18, § 1, D., *de hered. pet.*, V. 3, prouve que, sous la procédure formulaire, la formule de la pétition d'hérédité pouvait être délivrée, sans qu'aucune action spéciale eût été visée *in jure*. Il n'y a aucun motif de croire qu'à l'époque des *legis actiones*, il ne pût de même y avoir provocation au *sacramentum* et organisation d'un *judicium* sur la question *quis sit heres*, sans que les parties fussent entrées dans aucun détail sur les conséquences éventuelles de la décision à intervenir. Que l'on ne nous dise pas que d'autres textes déclarent que la pétition d'hérédité ne se donne, à l'époque formulaire, et par suite sans doute aussi à l'époque des *legis actiones*, que contre un possesseur, c'est-à-dire contre une personne qui, détenant une chose réclamée par le demandeur, ou se refusant à une prestation réclamée par lui, se trouve manifestement en butte à une action de sa part. Ces textes, donnant une règle générale, ne peuvent évidemment pas prévaloir contre notre décision qui est une décision spéciale. Nous aurons à les expliquer plus loin. Remarquons que les textes disent également que la revendication n'est possible que contre un possesseur, et cependant d'autres textes nous montrent la revendication admise dans des cas où le défendeur ne possède certainement pas (Voy. notamment la loi 27, § 1., *de rei vind.*, VI, 1). J'admettrai donc que la pétition d'hérédité, à l'époque des *legis actiones*, comme à l'époque des formules, peut être intentée contre quiconque se dit héritier, sans que le demandeur ait besoin de viser aucune action spéciale, se réservant de tirer parti plus tard de la proclamation de sa qualité d'héritier, à laquelle doit, dans sa pensée, aboutir l'action qu'il exerce (105).

---

(105) Que l'action en pétition d'hérédité, intentée dans de telles circonstances, puisse aboutir à la reconnaissance judiciaire de la qualité d'héritier de celui qui l'exerce, cela est clair pour l'époque des *legis actiones*. La sentence du juge, chargé de statuer sur la légitimité du *sacramentum*, aura pour résultat nécessaire de reconnaître la qualité d'héritier à l'un ou à l'autre des plaideurs, puisque précisément la *sacramenti provocatio* a porté sur ce point. Mais on comprend moins bien qu'à l'épo-

Cela posé, il nous faut faire un pas de plus. La pétition d'hérédité, nous l'avons vu, dut prendre naissance à l'occasion d'un débat entre deux personnes se prétendant chacune héritière à l'exclusion de l'autre. Le défendeur ne se borne pas à nier que le demandeur soit héritier ; il ajoute à cette négation l'affirmation de son droit à lui. Remarquons que cette affirmation est, en somme, quelque chose de surérogatoire, quelque chose, on peut le dire, d'étranger au débat primitif. De quoi s'agit-il en effet? De savoir si le demandeur a telles et telles actions contre le défendeur. Pour cela, il a, en thèse, à prouver deux choses : que l'action appartenait ou eût appartenu au défunt, - qu'il est héritier. On isole cette dernière question, on la pose séparément. Elle a évidemment à être prouvée, si elle est contestée. Mais on peut la contester, sans se dire héritier soi-même. D'où il faut conclure que la même procédure de pétition d'hérédité, je veux dire une procédure distincte, posant isolément la question de savoir si le demandeur est héritier, aurait pu être employée, non-seulement contre celui qui se disait héritier, mais encore contre quiconque contestait au demandeur la qualité d'héritier.

Si on ne le fit pas, si jusque dans les temps les plus récents, — ainsi que le prouve excellemment la loi 42, D., *de hered pet.*, — on n'admit la pétition d'hérédité que contre celui qui se disait héritier lui-même (je laisse de côté le possesseur *pro possessore*, sur lequel il serait trop long de m'arrêter), ce fut, d'une part, à l'origine, cette circonstance toute de fait, que j'ai signalée, savoir que ce n'était guère que contre une personne se disant héritière, qu'il y eût lieu d'intenter un nombre un peu considérable d'actions héréditaires, — et, d'autre part, plus tard, l'influence de la routine, ou peut-être une disposition expresse des XII Tables.

---

que formulaire, la pétition d'hérédité, intentée dans les circonstances que nous avons dites, puisse aboutir à la reconnaissance judiciaire de la qualité d'héritier du demandeur. La formule de la *petitio hereditatis* est en effet, dans ses grandes lignes, la suivante : *si paret hereditatem Lucii Titii Auli Agerii esse, judex, quanti ea res erit N^m N^m A^o A^o condemna.* Tels étant le rôle et les fonctions du juge, celui qui sera nommé dans les circonstances que nous supposons, c'est-à-dire alors que le demandeur ne précise rien, ne réclame du défendeur aucune prestation, ne pourra qu'absoudre le défendeur, quand même il serait convaincu que le demandeur est en effet l'héritier de Lucius Titius. Mais en présence de l'absolution de Numerius Negidius, comment saura-t-on si Aulus Agerius est héritier, car le défendeur doit également être absous, alors qu'Aulus Agerius n'est point héritier ? — Je reconnais que le défendeur doit être absous, alors même que le juge estime qu'Aulus Agerius est héritier, mais précisément la sentence d'absolution peut contenir, dans ses motifs, la reconnaissance de la qualité d'héritier du demandeur. Voyez sur ce point la loi 9, pr., D., *de except. rei judicat.*, XLIV, 2.

Que l'on ne me dise pas que, la pétition d'hérédité contenant des actions en revendication, actions dans lesquelles les deux parties doivent se dire propriétaires de la chose, il était indispensable que le défendeur, ayant par hypothèse reconnu que la chose avait appartenu au défunt, affirmât sa qualité d'héritier. C'était, sous la forme : *aio hereditatem meam esse*, une manière de dire : *aio rem meam esse*, ce qui était indispensable dans la revendication. — A cela, je répondrai que, pour moi, il n'est pas prouvé du tout que, même à l'époque des *legis actiones*, la revendication ne fût possible que contre une personne se disant propriétaire. Je renvoie sur ce point à ce que j'en ai dit dans les premières pages de ce travail.

De tout ce qui précède, il est possible de tirer, pour la pétition d'hérédité, la définition suivante : C'est essentiellement une action préjudicielle, — ouverte seulement contre qui se dit héritier (ce qui est une anomalie), — portant sur la question de savoir si le demandeur est héritier, — comprenant accidentellement un nombre plus ou moins grand d'actions dépendant de cette question, — comprenant de plus toujours, à l'époque des *legis actiones*, une action réciproque du défendeur contre le demandeur, présentant les mêmes caractères.

Si je me suis étendu autant sur la pétition d'hérédité, c'est pour mettre en lumière ce point très remarquable, savoir que : en tant que pouvant aboutir à une condamnation, elle n'est pas autre chose qu'une action, ou qu'un ensemble d'actions, ayant appartenu au défunt, d'actions ordinaires. Une condamnation ne peut être prononcée à la suite d'une pétition d'hérédité que dans les mêmes circonstances, où une condamnation serait possible au profit du défunt supposé subsistant, — et cette condamnation doit avoir la même étendue que celle qui pourrait être prononcée au profit du défunt lui-même.

Je n'avance ces propositions qu'au point de vue théorique, car je n'ai pas l'intention de méconnaître que, dans un certain état du droit romain, il fut loin d'en être ainsi.

Sans doute qu'à l'origine, ces règles théoriques étaient absolument et fidèlement mises en pratique. C'est ainsi que la pétition d'hérédité, en tant que revendication, ne pouvait aboutir à une condamnation contre qui ne possédait plus la chose, de quelque manière qu'il eût cessé de posséder, absolument comme la revendication elle-même (106).

---

(106) Il semble qu'ici je nie implicitement ce que j'ai dit plus haut de la revendication, lorsque j'ai soutenu que, du moins à l'époque formulaire, la revendication était admise contre une personne n'ayant point la chose en son pouvoir. En réalité, je ne me contredis pas, car j'estime que, si, à l'époque formulaire, la revendication

— et la condamnation, qui pouvait être prononcée contre le possesseur, avait la même étendue, que ce possesseur fût de bonne ou de mauvaise foi, toujours comme dans le cas de revendication : notamment, la condamnation contre le possesseur de bonne foi ne se limitait pas à son enrichissement, et le possesseur de mauvaise foi ne devait que les fruits non séparés de la chose, comme le possesseur de bonne foi. — C'est ainsi encore que la pétition d'hérédité, en tant qu'action personnelle contre le défendeur, avait les mêmes résultats que cette action personnelle, — aboutissant notamment à une condamnation dans le cas d'impossibilité d'exécution survenue par le fait du débiteur exempt de dol et de faute, — réprimant ou non le dol et la faute de ce débiteur, selon qu'il en eût été tenu compte dans l'action personnelle elle-même, en tant qu'action *incerti* ou de bonne foi (107), ou qu'il n'en eût pas été tenu compte, l'action étant *certi*. — C'est ainsi enfin que la pétition d'hérédité ne pouvait aboutir à une condamnation, alors que le défendeur n'était tenu d'aucune action réelle, ni personnelle contractuelle, que dans les cas où le défunt aurait pu user de la *condictio sine causa*. D'où il suit que, par exemple, il y avait lieu à condamnation contre celui qui reconnaissait avoir reçu du défunt un paiement indu, et se prétendait héritier, — mais que, et ceci est de la plus haute importance, aucune condamnation n'était possible contre celui qui, s'étant mis en possession d'une chose, soit du temps du défunt, soit depuis sa mort, sans le fait du défunt ou de l'héritier, n'était plus passible de la revendication, quelque enrichissement qu'il en eût retiré, quelque dol qu'il eût commis, cela par le motif qu'en général, on n'a pas de *condictio sine causa* contre celui qui a été enrichi, sans votre fait, à votre détriment (108).

Le sénatus-consulte Juventien, rendu sous le règne et sur la proposition d'Adrien, vint profondément modifier cet état de choses (Voy. l. 20, § 6, D., *de hered. pet.*, et les lois suivantes). Ses dispositions multiples

---

fut toujours possible contre une personne n'ayant point la détention de la chose, cette action ne pouvait, antérieurement au senatus-consulte Juventien, aboutir, dans de telles circonstances, à aucune condamnation.

(107) Remarquez que, dans ces limites, l'action en pétition d'hérédité peut être considérée comme de bonne foi.

(108) Je mets à part le cas de vol, où ce principe reçoit une exception. D'où il suit que la pétition d'hérédité aboutira à une condamnation s'il y a eu vol : elle fera fonctions de *condictio furtiva*. Sur quoi je remarque qu'il ne pourra être question de vol, que si la prise de possession par le défendeur a eu lieu du vivant du défunt ou après la prise de possession par le demandeur, car il n'y a pas de *furtum* des *res hereditariæ* tant que l'héritier ne les a pas appréhendées.

eurent pour effet de réaliser complètement, en matière de pétition d'hérédité, les trois progrès que nous souhaiterions que le droit romain eût accomplis d'une manière générale.

C'est ainsi d'abord qu'une condamnation sera désormais possible contre le défendeur enrichi au détriment du demandeur, même sans le fait de celui-ci, — par exemple, contre celui qui s'est mis en possession d'une chose, sans le fait ni du défunt, ni de l'héritier, encore que la revendication ne soit plus possible, — ce que l'on peut exprimer en disant que la pétition d'hérédité contient désormais une *condictio sine causa* générale, admissible même indépendamment du fait de la personne appauvrie.

C'est ainsi, en second lieu, que la condamnation de la *petitio hereditatis* sera désormais toujours, et cela alors même qu'une action en revendication ou une action personnelle contractuelle serait possible, soumise aux règles de la *condictio*, — par exemple, le possesseur de bonne foi recouvrera toutes ses dépenses, le débiteur sera libéré par son fait exempt de dol et de faute, etc., — ce qui revient à la réalisation de nos deux derniers progrès, et peut s'exprimer ainsi : la revendication, l'action personnelle sont fondues, ont disparu dans la *condictio*.

La réalisation parfaite, dans la pétition d'hérédité, des trois progrès que nous avons indiqués, et que nous aurions voulu voir réaliser partout, prouve que les Romains n'auraient pas eu beaucoup de répugnance à les admettre en dehors de cette hypothèse spéciale. S'ils ne le firent pas, cela tient peut-être à la rédaction du S.-C. Juventien lui-même, et aussi à l'abus, dans la matière de la pétition d'hérédité et de la revendication, du mot de possesseur.

Nous avons vu que la revendication peut être exercée contre un non-possesseur, non point seulement en ce sens qu'elle est possible contre une personne, qui, ayant la détention, ne se prétend pas propriétaire, mais même en ce sens qu'elle peut être exercée contre une personne qui n'a pas la chose entre les mains. Nous avons vu également que, si la pétition d'hérédité, par suite d'une simple circonstance de fait, ne se donne pas contre quiconque nie la qualité d'héritier du demandeur, mais seulement contre celui qui, à cette négation, ajoute l'affirmation qu'il est lui-même l'héritier, il est non moins certain qu'elle se donne contre cette personne, quand même il ne serait pas d'ores et déjà démontré qu'elle est passible d'une action quelconque au profit du demandeur, subordonnée à la preuve de la qualité d'héritier de ce dernier, action en revendication ou action personnelle. Il semble impossible, étant donné ces dispositions, que l'idée ait jamais pu se produire, de les résumer en disant que la revendication ne se donne que contre le possesseur, que

la pétition d'hérédité ne se donne que contre le possesseur *pro herede*. Et cependant cette manière de parler se fit jour. Cela tient à ce que les Romains, lorsqu'ils parlent de revendication ou de pétition d'hérédité, se placent dans l'hypothèse la plus fréquente en pratique, c'est-à-dire, s'il s'agit de revendication, dans l'hypothèse où le défendeur a la chose en sa possession et s'en prétend propriétaire, et, s'il s'agit de pétition d'hérédité, dans l'hypothèse où il est prouvé que le défendeur détient une chose, qu'il reconnaît avoir appartenu au défunt, mais dont il se prétend propriétaire comme héritier de ce défunt. Ils désignent donc toujours sous le nom de possesseur, le défendeur à la revendication et à la pétition d'hérédité.

De là, à dire que la revendication et la pétition d'hérédité ne se donnent que contre le possesseur, il n'y a qu'un pas. Les Romains ne manquèrent pas de le franchir, — ce qui ne les empêcha point d'admettre, comme devant, la revendication dans des cas où le défendeur n'était pas possesseur (revendication admise contre celui qui, ayant la détention, ne se dit pas propriétaire; — contre celui qui, se prétendant propriétaire, n'a pas la détention; — contre celui qui ne se prétend pas propriétaire, et n'a pas la détention); — ni d'admettre, comme devant, la pétition d'hérédité dans des cas où le défendeur ne possédait pas le moins du monde (pétition d'hérédité admise contre une personne qui, sous prétexte qu'elle est héritière, se refuse à acquitter une dette qu'elle reconnaît avoir existé au profit du défunt, — admise aussi contre celui qui, se prétendant héritier, se prétend, en raison de cette circonstance, propriétaire de telle chose, mais ne l'a pas en son pouvoir, — admise enfin contre celui qui se prétend héritier, sans qu'il soit nécessaire qu'une autre action soit exercée en même temps, ou mieux par le moyen de la pétition d'hérédité, soit que le demandeur ne précise rien, soit que le défendeur nie que les droits, allégués par le demandeur, aient appartenu au défunt).

Le langage des Romains se trouva ainsi être d'une inexactitude manifeste. Eux-mêmes s'en aperçurent et cherchèrent à la corriger. Non point relativement à la revendication, par ce motif qu'en fait elle s'exerce le plus souvent contre un vrai possesseur, mais au moins relativement à la pétition d'hérédité. C'est pour cela qu'ils inventèrent la locution de *possessio juris*, pour désigner l'état de ceux qui étaient tenus de la *petitio hereditatis* sans être possesseurs.

Cette expression est assez malheureuse. On pourrait s'en accommoder, si elle pouvait s'appliquer à tous ceux qui sont passibles de la *petitio hereditatis*, sans être possesseurs; mais en réalité, elle ne s'applique qu'à certaines de ces personnes. En effet, ou bien elle ne signifie rien;

ou elle signifie : résistance à un droit reconnu au défunt. Or, — si en ce sens, elle peut s'appliquer à ceux qui, parce qu'ils se prétendent héritiers, et seulement pour cela, refusent d'exécuter une prestation, que le demandeur réclame du chef du défunt, — elle ne peut pas l'être à ceux contre lesquels la pétition d'hérédité est exercée, par le demandeur, en tant que *prajudicium*, c'est-à-dire sans qu'aucune action soit exercée en même temps, soit parce que le défendeur nie que les droits, allégués par le demandeur, aient appartenu au défunt, soit parce que le demandeur ne précise, n'invoque aucun droit spécial contre le défendeur.

La nouvelle terminologie romaine, relativement à la pétition d'hérédité, est donc entachée d'inexactitude, tout comme l'ancienne. Elle n'en fut pas moins admise; on y trouva même l'occasion d'établir une sorte d'antithèse entre la revendication et la pétition d'hérédité, antithèse fort en faveur encore actuellement dans les ouvrages de droit romain, qui ne manquent pas de signaler, à l'envi les uns des autres, que la revendication ne se donne que contre le *possessor rei*, tandis que la pétition d'hérédité peut être exercée et contre le *possessor rei* et contre le *possessor juris*.

A l'époque où parut le sénatus-consulte Juventien, cette manière de parler était sans doute généralement admise. Il en résulta que l'on s'efforça de faire rentrer, dans cette terminologie, les innovations du sénatus-consulte. Or le sénatus-consulte contenait deux, ou, si l'on veut, trois dispositions principales :

1° Le défendeur de bonne foi ne sera plus comptable que de son enrichissement.

2° Il en sera toujours comptable, alors même que le défunt n'aurait eu aucune action pour l'obtenir ;

3° Le défendeur de mauvaise foi sera responsable de son dol, alors même qu'il aurait cessé de posséder.

Je remarque, sur cette dernière disposition, que le langage admis influa sur sa rédaction. Le sénatus-consulte avait évidemment en vue de décider que le défendeur de mauvaise foi serait responsable de son dol, alors même que le défunt n'aurait eu aucune action pour en demander la réparation. Au lieu d'employer cette formule, il emploie la rédaction que nous avons relatée. Cela tient évidemment à ce qu'il prend le mot possesseur d'une manière générale, avec le sens de *possessor juris*. Avec ce sens du mot possesseur, les deux formules sont équivalentes. En effet, le *possessor juris* étant celui qui résiste à une action que le défunt eût pu exercer, celui *qui desinit possidere (jus possidere)*, c'est celui contre lequel l'action du défunt n'existerait plus. Cette remarque essentielle trouvera son application tout à l'heure.

Je reviens à ce que je disais, savoir que, le sénatus-consulte rendu, on s'efforça d'appliquer la terminologie en usage, aux innovations qu'il contenait. C'est ainsi que l'on employa le terme de *possessio juris*, pour désigner la situation du défendeur tenu envers le demandeur en vertu de la seconde disposition du sénatus-consulte, c'est-à-dire du défendeur de bonne foi auquel le demandeur pouvait désormais réclamer son enrichissement, quoique le défunt n'eût eu aucune action pour obtenir pareil résultat. C'était là fausser le sens des mots *possessio juris*. On n'y regarda pas de si près, égaré par le désir de se servir d'une terminologie présentant un faux air de précision technique. — Quant à la troisième disposition du sénatus-consulte, il fallut bien se résigner à y voir une innovation ne rentrant pas dans cette terminologie : il n'était vraiment pas possible de voir un possesseur, fût-ce *juris*, dans un défendeur que le sénatus-consulte envisageait comme ayant cessé de posséder. Remarquez, en passant, que, malgré cela, on n'en continua pas moins de dire que la pétition d'hérédité ne se donne que contre le *possessor rei* ou *juris*.

On ne tarda pas à reconnaître l'excellence pratique des dispositions du sénatus-consulte. Aussi chercha-t-on à les appliquer en dehors des hypothèses spéciales, dans lesquelles elles étaient normalement applicables.

Etant donné que la pétition d'hérédité n'est, en tant qu'elle peut aboutir à une condamnation, qu'une collection d'actions spéciales, il eût été très simple d'étendre les règles nouvelles du sénatus-consulte, à ces actions spéciales, intentées en dehors de la pétition d'hérédité, c'est-à-dire à la revendication et aux actions personnelles contractuelles.

La terminologie en usage s'y opposa.

En effet, d'une part, étant considéré comme un axiome, que la pétition d'hérédité ne se donne que contre un possesseur, on ne pouvait guère songer à en étendre les règles aux actions personnelles, dans lesquelles, d'une manière générale, on ne tient compte d'aucune espèce de possession. On ne s'avisa pas de remarquer que celui qui résiste à une action personnelle dirigée contre lui, peut aussi bien être considéré comme *possessor juris*, alors que cette action est exercée en-dehors de la pétition d'hérédité, que lorsqu'elle y est comprise.

D'autre part, étant admis que la *rei vindicatio* ne se donne que contre un *possessor rei*, on ne put songer à étendre à cette action l'innovation du senatus-consulte Juventien, dans laquelle on avait bien voulu ne voir qu'une application de la *hereditatis petitio* contre un *possessor juris*. C'est-à-dire que l'on ne put songer à accorder, d'une manière générale, contre celui qui, ayant été tenu de la revendication,

avait cessé de posséder sans dol, une action tendant à la restitution de son enrichissement. — Ce fut d'ailleurs parce que l'on n'étendit pas, à la revendication, cette disposition du sénatus-consulte Juventien que l'on n'étendit pas non plus au défendeur de bonne foi à la revendication, la règle du sénatus-consulte en vertu de laquelle le défendeur de bonne foi à la pétition d'hérédité n'est jamais tenu que de son enrichissement. En effet cette dernière règle, que j'ai présentée comme émanant du sénatus-consulte, n'en dérive qu'indirectement, et par une sorte de réciprocité de la règle, dont je viens de parler.

Tout ce que l'on pouvait faire, c'était d'étendre à la *rei vindicatio*, celle des dispositions du sénatus-consulte, que l'on avait bien été forcé de considérer, même en matière de pétition d'hérédité, comme une véritable innovation, savoir la règle en vertu de laquelle serait responsable de son dol, même celui qui avait cessé de posséder.

C'est ce que l'on fit.

J'ajoute qu'on le fit maladroitement. Au lieu de remarquer que le sénatus-consulte, en décidant que serait responsable de son dol même celui qui avait cessé de posséder par dol, avait en vue, non-seulement le *possessor rei*, mais encore le *possessor juris*, et qu'en conséquence cette disposition avait le même sens, que s'il eût dit: sera responsable de son dol, quiconque aura par dol cessé d'être soumis à l'action qui existait jusque-là contre lui, — au lieu de transporter cette règle ainsi entendue, dans le domaine de la *rei vindicatio*, ce qui eût notamment permis d'agir contre celui qui avait usucapé de mauvaise foi, — on s'attacha au mot possession, et, tenant compte de ce soi-disant principe, qu'en matière de revendication, on ne s'occupe jamais que de la *possessio rei*, on transporta la règle du sénatus-consulte à la revendication, en y attachant le sens suivant: sera responsable de son dol celui qui par dol aura cessé d'avoir la chose en son pouvoir, — formule qui, ayant presque la même portée pratique que celle qu'il eût fallu admettre, eut cependant pour résultat, que le défendeur, qui avait usucapé de mauvaise foi, continua d'échapper à toute poursuite.

ARTICLE IV

MODIFICATIONS APPORTÉES A LA THÉORIE DES ACTIONS RÉIPERSÉCUTOIRES ET PÉNALES, PAR LA CRÉATION DES *condictiones sine causa*.

Nous avons dit plus haut que, depuis la création de l'exception de dol, les actions personnelles réipersécutoires, non de bonne foi, ne sont plus susceptibles d'aboutir à une condamnation dépassant l'importance du préjudice subi par le demandeur et non encore réparé. De là

résultent les deux conséquences suivantes, que nous avons déjà eu l'occasion de signaler :

D'une part, lorsqu'une telle action est exercée après une autre action quelconque, ayant eu pour résultat d'aboutir à la réparation totale ou partielle du dommage éprouvé par le demandeur, elle ne peut aboutir à une condamnation que dans la mesure où cette réparation n'a pas été complète ;

D'autre part, la seule existence prouvée, au profit du demandeur, d'une action quelconque, susceptible, en raison de la solvabilité de son sujet passif, d'aboutir à la réparation totale ou partielle du préjudice causé au demandeur, permet au défendeur à l'action personnelle réipersécutoire de faire diminuer sa condamnation, dans la mesure où la réparation du dommage est ainsi assurée par une autre voie.

Nous avons également fait remarquer plus haut que, si, dans le cas de concours d'une action personnelle réipersécutoire, avec une autre action quelconque ne se limitant pas nécessairement à la réparation du dommage, le défendeur à l'action personnelle réipersécutoire, intentée la première, n'a pas su ou n'a pas voulu prouver l'existence, au profit du demandeur, de l'autre action, ou, cette preuve faite, n'a pas de plus prouvé la solvabilité du défendeur éventuel à cette action, et, par suite, a été condamné comme si cette autre action n'existait pas :

D'une part, bien évidemment, la circonstance que le dommage se trouve réparé, en tout ou en partie, en suite de l'action personnelle réipersécutoire, n'empêche pas le demandeur d'obtenir condamnation sur l'autre action, qui, par hypothèse, ne se limite pas à la réparation du dommage ;

D'autre part, cette seconde condamnation, qui prouve que le défendeur à l'action personnelle réipersécutoire a, en fait, subi une condamnation trop élevée, puisqu'il a été condamné comme si le dommage ne devait être réparé par aucune autre voie, ne l'autorise pas en général, à l'époque antérieure à la création de la *condictio sine causa*, à agir en répétition de ce que sa condamnation a eu d'excessif. Tout au plus peut-il, lorsqu'en fait il a, contre le demandeur, une action *incerta*, se rapportant à la même opération juridique, en vertu de laquelle il a été actionné, obtenir, au moyen de cette action, la restitution que, de droit commun, il n'a aucun moyen de réclamer. Mais cette ressource n'existe pas toujours (109). Là où elle fait défaut, le défendeur n'a aucun moyen

(109) Je rappelle que, depuis la création des actions contraires, accordées à ceux qui se sont liés par un contrat de bonne foi, ne donnant originairement naissance qu'à une seule action, ce moyen d'obtenir restitution existe toujours au profit de la

de répéter ce que la condamnation, prononcée contre lui à la suite de la première action, a eu d'excessif, et à quoi il n'eût certainement pas été condamné, si cette action avait été exercée la seconde. Je n'ai pas besoin de dire que cela est profondément regrettable.

Ce même inconvénient existe d'ailleurs, non-seulement dans le cas où c'est une action personnelle réipersécutoire qui se trouve en concours avec une autre action, dont la condamnation ne se limite pas nécessairement à la réparation du dommage, mais en général chaque fois que concourt, avec une action de ce genre, une action dont la condamnation ne peut excéder l'importance du préjudice, subi par le demandeur, et non encore réparé.

C'est ainsi que cet inconvénient existe dans le cas de concours avec une action, dont la condamnation ne se limite pas au montant du préjudice subi :

Soit d'une *condictio sine causa*, intentée contre un défendeur de mauvaise foi, car cette action, qui d'ailleurs, ainsi que nous l'avons fait observer, peut à juste titre être regardée comme une action personnelle réipersécutoire, ne peut aboutir à une condamnation dépassant le montant du dommage ;

Soit d'une revendication intentée contre un défendeur de mauvaise foi, du moins depuis le sénatus-consulte Juventien, car, en vertu de ce sénatus-consulte, si la revendication, exercée contre un défendeur de mauvaise foi, aboutit à la réparation intégrale du préjudice subi, la condamnation n'en peut excéder cette réparation ;

Soit d'une action de dol, ou en général d'une action pénale, dont la condamnation ne peut procurer au demandeur que la réparation du dommage qu'il a éprouvé.

Dans tous ces cas de concours d'une action dont la condamnation ne peut dépasser la réparation du dommage, avec une autre action, dont la condamnation n'est pas soumise à cette limitation (par exemple : avec une *condictio sine causa* contre un défendeur de bonne foi ; — avec une revendication contre un défendeur de bonne foi ; — avec une action pénale dont le montant ne se limite pas au dommage éprouvé), si le défendeur à l'action, qui ne peut dépasser le préjudice, supposée intentée la première, a été condamné comme si l'autre action n'existait pas, — soit qu'il n'ait pu en prouver l'existence, soit qu'il n'ait pu prouver la solvabilité du défendeur éventuel à cette action, — l'exercice ultérieur

---

personne, contre laquelle a été prononcée, dans une action de bonne foi, une condamnation que l'exercice ultérieur d'une autre action démontre avoir été excessive.

de cette dernière action aura beau démontrer que la condamnation, rendue sur la première, a été exagérée, puisqu'elle a été fixée comme si le préjudice ne devait être réparé par aucune autre voie, celui qui aura subi cette condamnation exagérée, n'aura en principe, à l'époque antérieure à la création des *condictiones sine causa*, aucune action pour répéter ce que cette condamnation a eu d'excessif.

On a deviné que la création de la *condictio sine causa* vint combler cette lacune.

Désormais, toutes les fois qu'une action quelconque, personnelle ou réelle, réipersécutoire ou pénale, soumise à ce que j'appellerai, pour abréger, le principe : *ne plus quam damnum*, c'est-à-dire dont la condamnation ne doit pas dépasser l'importance du dommage éprouvé et non encore réparé, exercée avant une autre action quelconque, non soumise à ce principe, avec laquelle elle concourt, aura, pour un motif ou pour un autre, abouti en fait comme si elle était seule, sans que cependant le défendeur ait renoncé à se prévaloir de l'existence de l'autre action, l'exercice ultérieur de cette dernière action permettra à ce défendeur de répéter, *condictione sine causa*, ce dont la condamnation de l'action soumise au principe : *ne plus quam damnum*, aurait été diminuée, si elle avait été exercée la seconde.

C'est ainsi, par exemple, que le voleur qui, sur la *condictio furtiva* intentée contre lui, aura été condamné à réparer l'intégralité du dommage éprouvé par le propriétaire, quoique la chose existe encore, par le motif que, ne sachant ce que la chose est devenue, il n'a pu démontrer que le propriétaire est muni de la revendication, pourra, si plus tard le propriétaire exerce cette action en revendication, agir *condictione sine causa* contre lui, pour se faire restituer tout ce dont la condamnation, qu'il a encourue, eût été diminuée, si la revendication avait été exercée avant la *condictio furtiva*.

Il importe de remarquer qu'il peut arriver que les deux actions en concours, dont l'une est soumise au principe : *ne plus quam damnum*, tandis que l'autre échappe à ce principe, existent toutes deux contre la même personne. Si, en pareil cas, l'action soumise à ce principe est exercée la première et aboutit à une condamnation aussi étendue que si elle était seule, parce que le défendeur n'a pas, pour faire diminuer la condamnation, objecté, comme il le pouvait, l'existence contre lui-même de l'autre action, il ne pourra, en général, lorsque cette dernière action sera exercée contre lui, prétendre que, s'il n'en a pas fait valoir l'existence, c'est parce qu'il l'ignorait. Une telle ignorance, en effet, pourra rarement être admise. Mais, à défaut de ce moyen, pour répéter tout ou partie de ce qu'il aura fourni à la suite de la première condam-

nation, il pourra, le plus souvent à juste titre, objecter que le silence qu'il a gardé, lors de la première poursuite exercée contre lui, a eu pour cause l'espoir que la seconde action, quoique fondée, ne serait en fait pas exercée contre lui. Lorsque ce dire paraîtra vraisemblable, il faudra reconnaître, au profit de ce défendeur, condamné une seconde fois, une action en répétition de tout ce dont la condamnation eût été diminuée, s'il n'eût point, égaré par le faux espoir que le demandeur s'en tiendrait à la première action, gardé le silence sur l'existence de l'autre.

Ainsi, en principe, dans les circonstances que nous venons d'exposer, l'action non soumise au principe : *ne plus quam damnum*, aboutira à une condamnation, mais le prononcé même, ou plutôt l'exécution de cette condamnation permettra à celui qui l'aura encourue et exécutée, d'agir, *condictione sine causa*, en répétition de tout ou partie de ce qu'il aura été obligé de fournir, en suite de l'action soumise au principe : *ne plus quam damnum*, antérieurement exercée contre lui.

J'ai dit : en principe, pour laisser entendre qu'il n'en sera pas toujours ainsi.

Les choses se passeront comme nous venons de le dire, toutes les fois que l'action. exercée en second lieu, sera susceptible d'aboutir à une prestation ne portant pas sur de l'argent. C'est-à-dire qu'en pareille hypothèse, la seconde action suivra son cours, et, si elle est suivie d'exécution en nature, cette exécution ouvrira une *condictio sine causa* au profit du condamné, pour répéter tout ou partie de ce qu'il a fourni à la suite et en exécution de la première condamnation qu'il a encourue.

Mais si la seconde action tend à une somme d'argent, étant donné que laisser cette action suivre son cours et aboutir à une condamnation va donner naissance à une *condictio sine causa*, c'est-à-dire à une action qui, tendant par essence à une somme d'argent, aura pour résultat de permettre au défendeur de reprendre d'une main tout ou partie de ce qu'il aura déboursé de l'autre, on voit qu'il est un moyen bien simple de mettre d'emblée les parties dans la situation, dans laquelle elles devront en définitive se trouver. C'est de diminuer la condamnation du défendeur précisément de la somme, qu'une condamnation intégrale lui permettrait de réclamer immédiatement au demandeur. Pour obtenir cette diminution, le défendeur se servira de l'exception de dol, parfaitement justifiée par la circonstance qu'il y aurait en effet véritable dol, de la part du demandeur, à réclamer une somme, que le défendeur serait en droit de lui réclamer aussitôt après l'avoir payée.

On voit, par tout ce qui précède, que lorsqu'une action, non soumise au principe : *ne plus quam damnum*, est en concours avec une autre

action, dans laquelle ce principe s'applique, elle ne peut être exercée, sans éteindre cette autre action, si elle est exercée la première, ou sans donner naissance, si elle est exercée la seconde, à une *condictio sine causa*, par laquelle le demandeur se verra enlever le bénéfice de la première. On peut dire, pour exprimer ces résultats, que l'action non soumise au principe : *ne plus quam damnum*, éteint, rend inutile toute action, soumise au principe : *ne plus quam damnum*, qui vient à concourir avec elle. On peut dire aussi, en un certain sens, qu'elle la remplace, qu'elle en prend la place.

Ce fut cette dernière manière de parler qu'adoptèrent les Romains. — Seulement, à raison de cette circonstance, toute de fait, que l'immense majorité des actions, soumises au principe : *ne plus quam damnum*, sont réipersécutoires, ils ne disent pas de telle action, non soumise au principe : *ne plus quam damnum*, qu'elle éteint toute action soumise à ce principe qui viendrait à concourir avec elle, qu'elle en joue le rôle, — ils disent que cette action éteint toute action *réipersécutoire*, qui viendrait à concourir avec elle, qu'elle joue le rôle d'action *réipersécutoire*. Ils disent d'elle que : *rem continet, rem persequitur;* ils finissent même par l'appeler *réipersécutoire*, encore bien qu'elle ne le soit pas.

C'est ainsi qu'ils qualifient de *réipersécutoire*, la *condictio sine causa* intentée contre un défendeur de bonne foi, bien qu'elle ne le soit à aucun titre; — c'est ainsi que, sauf une seule exception, sur laquelle je reviendrai plus loin, ils appellent *réipersécutoires*, toutes les actions pénales, susceptibles de concourir avec une action réipersécutoire soumise au principe : *ne plus quam damnum*, alors que, par essence, l'action pénale n'a rien de réipersécutoire (110).

Je n'ai pas à insister sur les vices d'une pareille terminologie. A supposer même que l'on puisse légitimement, pour exprimer qu'une action donnée, en concours avec une autre, l'empêche d'aboutir, la paralyse de la manière que nous avons décrite, donner à la première le nom de la seconde, il n'est point exact de qualifier de réipersécutoires, les actions non soumises au principe : *ne plus quam damnum*, en concours avec d'autres actions, soumises à ce principe. Car, d'une part, il y a des actions réipersécutoires qui ne sont pas soumises au principe en question : telle est la revendication exercée contre un défendeur de bonne foi. A ce point de vue, la qualification de réipersécutoires, appliquée aux

---

(110) Plus exactement, ils les appellent mixtes. Je reviendrai tout à l'heure sur ce terme.

actions non soumises au principe : *ne plus quam dammum*, est trop large, car elle semble indiquer que ces actions paralysent même les actions réipersécutoires non soumises à ce principe, — ce qui est faux. D'autre part, il y a des actions soumises à ce principe, qui ne sont pas réipersécutoires : telle est l'action de dol. A ce point de vue, la qualification, que nous critiquons, est trop étroite, car elle semble indiquer que les actions non soumises au principe : *ne plus quam damnum*, en concours avec une action soumise à ce principe, mais non réipersécutoire, ne la paralysent pas : or cela est faux.

Tels étant les vices de la terminologie romaine, on conçoit que ce ne soit que par une attention soutenue, qu'il soit possible d'éviter les confusions les plus regrettables. Je n'ai pas besoin de dire que plus d'une a été commise.

Le double sens, attaché au mot réipersécutoire, eut d'ailleurs encore cet autre inconvénient de faire naître une nouvelle acception des mots *pœna*, et action pénale, dont le concours avec l'ancienne acception de ces expressions expose à de nouvelles méprises.

L'action pénale, en concours avec une action réipersécutoire soumise au principe *ne plus quam damnum*, annihilant pratiquement cette action, et étant, pour ce motif, qualifiée de réipersécutoire, il est tout naturel de désigner, sous le nom de *res*, les résultats de cette action, en tant qu'ils ne sont pas plus étendus que ceux qu'eût produits l'action réipersécutoire qu'elle remplace. Cette manière de parler admise, les résultats de l'action pénale ne sont plus désignés sous le nom de *pœna*, qu'en tant qu'ils excèdent le montant de la condamnation de l'action réipersécutoire en concours avec cette action pénale.

Le mot *pœna* prend ainsi un sens nouveau, dans lequel il désigne, non point tout ce que fait obtenir une action fondée sur l'idée de vengeance, mais seulement une partie, savoir ce que l'action pénale fait obtenir en plus de la *res*.

Etant donné d'ailleurs que, presque toujours, l'action réipersécutoire, en concours avec l'action pénale, eût fait obtenir au demandeur la réparation intégrale du préjudice éprouvé par lui, étant donné par conséquent que, le plus souvent, la *res*, à laquelle aboutit l'action pénale, est aussi étendue que ce dommage, on peut dire, avec une exactitude presque absolue, que le mot *pœna*, dans son sens nouveau, désigne une valeur qui, s'ajoutant à la réparation du dommage subi par le demandeur, enrichit intégralement ce dernier au préjudice du défendeur.

Cette manière de parler n'est cependant pas absolument exacte. La *pœna novo sensu*, étant ce que telle action pénale fait obtenir en plus de la *res*, il n'est pas exact de dire que la *pœna* soit, toujours et en

toute hypothèse, une valeur obtenue en plus de la réparation du dommage. Il en sera ainsi, lorsque la *res* comprendra la réparation intégrale de ce dommage. C'est ce qui aura lieu, par exemple, si l'action de la loi Aquilia concourt avec une action contractuelle de bonne foi, ou incertaine. Mais il se peut que la *res* soit inférieure au dommage ; en pareil cas, la *pœna*, c'est-à-dire ce que l'action pénale fera obtenir en plus de la *res*, ne constituera pas pour le tout un enrichissement pour le demandeur — Même il se pourra que cette *pœna* ne lui procure aucun enrichissement, l'action pénale en question étant soumise au principe : *ne plus quam damnum*. Que l'on suppose, par exemple, que, ayant promis par stipulation de donner tel corps certain, je vienne méchamment à détruire l'objet dû, causant par là au stipulant un dommage plus élevé que la valeur de l'objet promis. Cette valeur pourra m'être réclamée par la *condictio certi* née de la stipulation ; le surplus du dommage pourra m'être demandé par l'action *de dolo*. Comment désigner ce que cette dernière action me fera obtenir ? Evidemment, sous le nom de *pœna*, puisque, dans le cas particulier, la *res* se limite à la valeur de la chose. Mais cette *pœna* ne procure aucun gain au demandeur.

Malgré l'inexactitude qu'il y a donc à dire que la *pœna, novo sensu*, c'est-à-dire l'excédant sur la *res* des résultats de l'action pénale, soit, d'une manière générale, tout bénéfice pour celui qui l'obtient, la rareté des cas, où cette inexactitude se manifeste, est telle que les Romains n'hésitèrent pas à considérer la *pœna*, au sens nouveau du mot, comme constituant toujours un pur gain pour le demandeur.

De là aussi un nouveau sens attribué à l'expression action pénale, ces mots continuant d'ailleurs d'être employés au sens ancien et propre. Dans cette nouvelle acception, est pénale l'action qui fait obtenir, à celui qui l'exerce, un pur gain, un enrichissement, au détriment de celui contre lequel elle est exercée. D'après cette nouvelle manière de parler, l'action pénale, au sens ancien du mot, je veux dire l'action fondée sur l'idée de vengeance, pourra être ou ne pas être pénale, au sens nouveau du mot ; elle pourra aussi ne l'être qu'en partie. C'est ainsi que toute action pénale, en concours ou susceptible de concourir avec une action soumise au principe *ne plus quam damnum*, ne sera pénale, *novo sensu*, que pour ce qui excède le dommage. L'action de dol, certainement pénale au sens propre du mot, n'aura, au nouveau sens de ce mot, rien de pénal. L'action d'injures, au contraire, et toute autre action pénale, non susceptible de concourir avec une autre action, sera au contraire, *novo sensu*, pénale pour le tout.

C'est à cette nouvelle manière de parler qu'il faut rattacher l'expression d'action *mixte*, si fréquemment employée dans les textes. Les Ro-

mains désignent sous ce nom, l'action pénale au sens propre du mot, qui, susceptible de concourir avec une action soumise au principe : *ne plus quam damnum*, et non soumise elle-même à ce principe, est à la fois réipersécutoire et pénale, au sens nouveau de ces deux expressions.

Si, de la terminologie romaine, que nous ne saurions trop critiquer, nous revenons aux règles de fond, que nous prétendons avoir été admises par les Romains, nous dirons au contraire qu'elles sont marquées au coin du bon sens et de la logique.

Elles se résument dans les deux propositions suivantes :

1° Les actions se divisent en deux grandes classes. Les unes ne peuvent aboutir à une condamnation dépassant le dommage éprouvé et non encore réparé ; elles sont soumises à ce que nous avons appelé le principe : *ne plus quam damnum*. Les autres échappent à ce principe.

2° Dans le cas de concours de deux actions, appartenant respectivement à chacune de ces deux classes, l'action soumise au principe : *ne plus quam damnum*, ne peut aboutir, ou ce qu'elle a fait obtenir, ne peut être conservé, lorsque l'autre action est exercée, que déduction faite des résultats de cette dernière.

La théorie romaine, résumée dans ces deux propositions, comporte cependant une exception remarquable, relative au cas de vol. Les règles qui régissent le cas de vol, ne sont point en harmonie avec la théorie que nous prétendons avoir été la théorie romaine. Est-ce là un motif pour nous faire abandonner notre manière de voir ? Nous ne le croyons pas, par la raison que le caractère exceptionnel des règles relatives au vol, s'explique, à notre avis, le plus facilement du monde.

Montrons d'abord en quoi consiste l'anomalie des dispositions relatives au vol ; — nous verrons ensuite la genèse, et, en quelque sorte, la raison d'être de cette anomalie.

L'anomalie consiste en ce que l'action pénale née du vol ou *furtum*, l'action *furti*, n'empêche pas l'exercice ultérieur des actions soumises au principe : *ne plus quam damnum*, qui peuvent appartenir à la personne volée : revendication intentée contre un défendeur de mauvaise foi, action personnelle contractuelle, intentée contre le voleur ou un tiers, — comme l'exercice postérieur de l'action *furti* n'autorise pas le défendeur à l'une de ces actions exercée précédemment, à réclamer aucune restitution au demandeur.

Cette anomalie, excessivement remarquable, s'exprime en un mot, en disant, de l'action *furti*, que : *rem non persequitur*, ou bien : qu'elle n'est point mixte, qu'elle est pénale pour le tout, en prenant le mot pénale dans le sens de : action aboutissant pour le deman-

deur à un pur gain. Cette anomalie se manifeste d'ailleurs d'autant mieux en fait, qu'indépendamment des autres actions soumises au principe : *ne plus quam damnum*, que la victime du vol peut avoir ou ne pas avoir contre le voleur ou un tiers, elle aura, dans tous les cas, contre le voleur, cette *condictio sine causa*, dite *furtiva*, que les Romains accordent à la personne volée, contrairement aux règles générales des *condictiones sine causa*. Cette *condictio*, soumise au principe : *ne plus quam damnum*, comme toute *condictio sine causa* intentée contre un défendeur de mauvaise foi, devrait être éteinte par l'exercice antérieur de l'action *furti* ; l'exercice ultérieur de l'action *furti* devrait ouvrir au défendeur à la *condictio furtiva*, précédemment exercée, un recours contre le demandeur. Il n'en est rien.

D'où cela vient-il ? D'où vient que l'action *furti* est, pour le tout, pénale *novo sensu* ? qu'elle est sans influence sur les actions soumises au principe : *ne plus quam damnum*, que la personne volée a, dans tous les cas, contre le voleur *(condictio furtiva)*, ou peut avoir contre le voleur ou un tiers (action en revendication contre une personne de mauvaise foi, action contractuelle en restitution) ?

Cela tient, croyons-nous, à un ensemble de circonstances, et à une évolution d'idées, que nous concevons de la manière suivante.

Antérieurement à la création des *condictiones sine causa*, — à une époque, par conséquent, bien antérieure au sénatus-consulte Juventien, et où la revendication produisait les mêmes effets, était soumise aux mêmes principes, qu'elle fût exercée contre un défendeur de bonne foi, ou contre un défendeur de mauvaise-foi, — il est certain que le voleur, en possession de la chose, pouvait être poursuivi à la fois par l'action *furti* et par la revendication, sans que l'exercice d'aucune de ces actions mît le moindre obstacle à l'exercice de l'autre. Ni l'action *furti* en effet, ni la revendication n'était soumise au principe : *ne plus quam damnum* : dès lors aucun motif pour que l'exercice de l'une fût entravé par l'exercice de l'autre.

La revendication n'étant admise, à cette époque, ou du moins ne pouvant aboutir à une condamnation, que contre une personne ayant la chose entre les mains, il en résultait que cesser de posséder la chose pouvait être considéré, de la part du voleur, comme un fait dommageable pour la victime du vol. De là il suit que, si la victime du vol pouvait exercer, contre le voleur, une action tendant à la réparation du dommage causé par dol ou faute, cette action devait aboutir, contre le voleur qui avait cessé de posséder, même après l'action *furti*. C'est ainsi que, même après l'exercice de l'action *furti*, il devait être possible d'intenter et de faire aboutir à une condamnation, l'action incertaine ou

l'action de bonne foi, dérivant d'une promesse de restitution, d'un commodat, d'un dépôt, etc.

Logiquement, le montant de cette action, exercée postérieurement à l'action *furti*, eût dû se limiter à ce que la *rei vindicatio* eût pu faire obtenir au demandeur, si le voleur n'eût pas cessé de posséder. On ne la restreignit pas à cette valeur; on lui fit produire des effets aussi pleins que si l'action *furti* n'eût pas existé. Cela s'explique, si l'on songe que, d'une part, l'on se trouvait en présence d'un voleur, personne peu intéressante, et que, d'autre part, cette action incertaine ou de bonne foi, dont nous parlons, aboutissait à la réparation intégrale du préjudice subi par le volé, lorsqu'elle était exercée la première, sans que cette circonstance empêchât l'action *furti*, intentée postérieurement, de produire ses pleins effets, lesquels d'ailleurs n'ouvraient, au défendeur à la première action, aucune action en répétition.

Cette extension de l'action incertaine ou de bonne foi, en restitution, exercée contre le voleur qui avait cessé de posséder, devait logiquement avoir pour conséquence, que cette action serait également recevable contre celui qui posséderait encore, en tant que la *rei vindicatio* ne suffirait pas à procurer à la personne volée, en dehors de l'action *furti*, la réparation intégrale du préjudice éprouvé par elle. On ne fit sans doute aucune difficulté de l'admettre.

Il résulte de là que, antérieurement à la création des *condictiones sine causa*, il y avait une différence notable entre la situation du voleur tenu, par contrat, de restituer la chose, et celle du voleur qui n'était, avec sa victime, dans aucune relation contractuelle. Tandis que le premier devait, en plus des résultats de l'action *furti*, fournir, à la personne volée, réparation intégrale du préjudice éprouvé par elle, le second pouvait tout au plus, à côté de l'action *furti*, être en butte à l'action en revendication, qui, à cette époque, ne tendait qu'à la chose même et non à la réparation du dommage; encore fallait-il, pour être exposé à cette action, qu'il possédât encore la chose.

Ce fut pour faire disparaître cette inégalité choquante, que les Romains imaginèrent d'accorder, à la victime du vol, la *condictio furtiva*, en décidant que cette action ne serait aucunement entravée par l'exercice de l'action *furti*. Cette *condictio*, nous l'avons dit ailleurs, ne rentre pas dans la théorie générale des *condictiones sine causa*, en ce sens qu'elle est accordée à une personne qui n'a aucunement concouru au fait de son appauvrissement. Ce caractère exceptionnel s'explique, ce me semble, assez bien, si l'on admet, avec nous, que le besoin de cette action se faisait vivement sentir pour faire disparaître l'inégalité de situation, qui jusque-là existait entre les différents voleurs.

L'évolution que nous venons d'exposer me paraît rendre suffisamment compte des règles relatives au cas de *furtum*. Je n'hésite pas à considérer ces règles comme exceptionnelles, et, comme faisant le fond de la théorie romaine, le système que nous avons exposé ci-dessus et résumé en deux propositions.

Je n'ajouterai rien aux explications que je viens de fournir sur les origines de la théorie classique des actions, envisagée dans ses lignes principales. J'en ai dit assez pour donner une idée de la manière lente, progressive, et, pour ainsi dire, occulte, dont cette théorie se développa par le long et patient travail des jurisconsultes et des magistrats.

De ce travail lui-même, des qualités qu'il révèle chez ceux qui s'y livrèrent, de la perfection avec laquelle il fut accompli, et de celle, plus grande encore, qu'il aurait pu recevoir, je ne dirai rien, ni pour louer, ni pour blâmer. L'éloge du droit romain et de ceux qui le fondèrent, n'est plus à faire : je n'y saurais rien ajouter. Quant aux critiques, je ne m'en suis montré que trop prodigue dans le cours de cet ouvrage. Je ne pourrais y revenir, ou en formuler de nouvelles, sans faire croire à un parti pris de dénigrement, qui est bien loin de ma pensée, et dont j'ai fort à cœur d'éviter le soupçon.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 1

CHAPITRE I. — Détermination de la théorie primitive des actions. 5

ARTICLE I. — Les *legis actiones* dans leur premier état. 6

§ 1. — *Legis actio sacramenti* 7

§ 2. — *Judicis postulatio* 18

§ 3. — *Manus injectio:* 22

ARTICLE II. — La théorie primitive des actions. 28

§ 1. — Règles de procédure 28

I. — Le fait de contester un droit appartenant à autrui est une sorte de délit, comme le fait de réclamer un droit que l'on ne possède pas 28

II. — La *litis contestatio* a le caractère contractuel quelle que soit la *legis actio* qu'elle termine : elle ne peut être considérée comme éteignant le droit déduit en justice que si cette *legis actio* tend à l'organisation d'un *arbitrium*.. 29

III. — La décision du juge est une simple constatation du droit (*sententia*) ; celle de l'arbitre est une condamnation (*damnatio*). 31

§ 2. — Divisions des actions 32

I. — Il n'y a pas de division des actions en certaines et incertaines. Toute action est certaine. 32

II. — Il n'y a pas de division des actions en actions *bonæ fidei* et en actions *stricti juris*. Toute action est *stricti juris*. 32

III. — Il y a une distinction entre l'action réelle et l'action personnelle 48

IV. — Il y a une distinction nette et tranchée entre l'action *rei persecutoria* et l'action pénale 48

CHAPITRE II. — Développement de la théorie primitive dans le système des *legis actiones* 67
ARTICLE I. — La loi Pinaria et *l'arbitrium litis æstimandæ*. 67
§ 1. — Ce fut la loi Pinaria qui introduisit l'*arbitrium litis æstimandæ* 69
§ 2. — L'*arbitrium litis æstimandæ* aboutissait à une condamnation au double 72
§ 3. — Modifications apportées, par l'innovation de la loi Pinaria, à la théorie primitive des actions. 80
I. — La *manus injectio* ne substitue plus un droit nouveau à un droit antérieur. 81
II. — C'est dans l'*arbitrium litis æstimandæ* qu'il faut voir l'origine des condamnations pécuniaires. 81
III. — C'est dans les cas où il y a successivement *arbitrium rei præstandæ* et *arbitrium litis æstimandæ*, qu'il faut voir la première apparition des actions arbitraires 82
ARTICLE II. — Changements introduits par l'usage dans la procédure de certaines actions, antérieurement à la création de la *condictio* 82
§ 1. — Marche de la procédure à la suite de l'affirmation du demandeur : *aio te mihi incertum dare facere oportere* . . 84
§ 2. — Modifications apportées à la théorie des actions par l'usage de la formule : *aio... incertum*, etc. 87
I. — Distinction entre les actions nées de droits certains et les actions nées de droits incertains 88
II. — Origines de la division des actions en *certæ* et *incertæ*. 90
III. — Naissance des actions arbitraires 91
IV. — Division des actions en *arbitria* et *judicia*, c'est-à-dire en actions dans lesquelles il peut ou non être tenu compte de l'équité. 93
V. — Modifications apportées, par l'usage de la formule incertaine, à la théorie des actions réipersécutoires et pénales 94
VI. — Disparition, dans les actions intentées par la formule incertaine, du principe des condamnations pécuniaires au double 101
VII. — La *litis contestatio* dans l'action intentée par la formule incertaine 103
VIII. — Origine du principe en vertu duquel on peut, au lieu d'une action *incerta*, exercer une *condictio certi* . . . 104

ARTICLE III. — Création de la *legis actio per condictionem* 105
ARTICLE IV. — La *clausula doli*. Origines des actions de bonne foi 113
CHAPITRE III. — Abrogation des *legis actiones*. Son influence sur la théorie des actions 130
ARTICLE I. — L'œuvre de la loi Ebutia et des lois Julia 130
ARTICLE II. — Influence sur la théorie des actions des innovations résultant directement ou indirectement de la loi Ebutia. 144
I. — Actions civiles, actions honoraires 144
II. — Exceptions 148
III. — Confusion des mots *judex* et *arbiter* 150
IV. — Transformation de la *litis contestatio* 151
CHAPITRE IV. — Modifications apportées à la théorie des actions dans le système formulaire. 163
ARTICLE I. — Actions de bonne foi. 163
ARTICLE II. — Exception de dol 166
ARTICLE III. — *Condictiones sine causa* et contrats innommés . . . 172
§ 1. — Origines des *condictiones sine causa*. Contrats innommés 173
§ 2. — Effets des *condictiones sine causa*. 181
§ 3. — Détermination précise des circonstances donnant naissance à la *condictio sine causa* 191
§ 4. — Critique de la théorie des *condictiones sine causa*. . . . 203
ARTICLE IV. — Modifications apportées à la théorie des actions réipersécutoires et pénales, par la création des *condictiones sine causa*. 217

DES CARACTÈRES ET DES EFFETS

DE LA

VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

L'article 1599 du Code civil est ainsi conçu : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ».

Rien de plus simple, au premier abord, que ce texte, rien de plus logique : n'est-il pas naturel que l'on ne puisse disposer d'une chose dont on n'est pas propriétaire ?

Pour peu que l'on y réfléchisse cependant, des doutes ne tardent pas à se produire. Sans doute on reste convaincu qu'une personne ne peut transférer la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas : cela est d'évidence. Mais, sans toucher à cette vérité, l'esprit se porte sur un certain nombre d'opérations, dans lesquelles il semble que l'on doive voir des ventes, et qui, accomplies sur la chose d'autrui, paraissent devoir être aussi pleinement valables que si l'on eût traité sur sa propre chose. N'est-ce point une vente que de s'engager à livrer une chose contre un prix ? or on peut livrer la chose d'autrui, car la délivrance est un fait matériel, sur la possibilité duquel n'influe, en aucune façon, la qualité de propriétaire ou de non propriétaire de celui qui se dispose à l'accomplir. De même, n'est-ce point une vente que de s'engager, moyennant un prix, à acquérir telle chose qui appartient à un tiers pour en transférer ensuite la propriété ? et le bon sens n'indique-t-il pas qu'une telle opération ne saurait être nulle ?

Ces difficultés, très-réelles, ne sont rien au regard de celles auxquelles on se heurte, lorsque, poursuivant la lecture des dispositions du Code sur la vente, on arrive aux articles 1626 et suivants, qui traitent de la garantie en cas d'éviction. Il est en effet, dans ce paragraphe consacré à la garantie en cas d'éviction, tels articles, je veux dire surtout les articles 1630, 1631 et 1633, du rapprochement desquels avec l'article 1599, semble se dégager la plus absolue et la plus insoluble des antinomies.

Les articles 1630, 1631, et 1633 fixent les restitutions et réparations dues par le vendeur à l'acheteur, lorsque celui-ci se trouve évincé de la

chose vendue. Or l'éviction, c'est essentiellement le délaissement de la chose, accompli par l'acheteur en vertu d'une sentence judiciaire qui l'y condamne. Supposons donc que l'acheteur de la chose d'autrui soit actionné en revendication par le propriétaire, et condamné à lui restituer la chose. Ne pourra-t-il se dire évincé ? ne pourra-t-il, contre son vendeur, se prévaloir des articles 1630, 1631 et 1633 ?

Mais précisément ces articles prouvent, par eux-mêmes, qu'ils ne sont que la mise en œuvre, la sanction d'une obligation contractuelle assumée par le vendeur. S'ils sont invocables par l'acheteur de la chose d'autrui contre son vendeur, c'est donc que celui-ci est contractuellement tenu envers lui, c'est donc que la vente de la chose d'autrui a donné naissance à une obligation. Que devient l'article 1599 ?

J'ai dit que les articles 1630, 1631 et 1633 prouvent par eux-mêmes qu'ils ne sont que la mise en œuvre d'une obligation contractuelle existant à la charge du vendeur. On l'a contesté; on a prétendu que, la vente de la chose d'autrui, simple fait dénué de toute espèce d'efficacité juridique, étant, malgré cela, susceptible de causer à l'acheteur un certain dommage, ou de procurer au vendeur, au détriment de l'acheteur, un enrichissement sans cause, les articles 1630, 1631 et 1633 étaient une simple application de l'article 1382, et du principe général de la répétition de l'enrichissement indu. — Il est facile de se convaincre que cette manière d'envisager nos articles est en désaccord avec leur contenu.

Il faut, pour s'en assurer, remarquer tout d'abord que ces articles confèrent, à l'acheteur évincé, la faculté d'opter entre deux espèces de réparations ou restitutions, et d'obtenir, à son choix, soit le prix, et certains accessoires, soit la valeur de la chose, telle qu'elle se comporte au moment de l'éviction, et quelques indemnités de moindre importance A appliquer cumulativement les dispositions de nos articles, on arriverait notamment à ce résultat, qu'une chose, valant 80, ayant été vendue 100, l'acheteur évincé, obligé de restituer 10 à titre de fruits, devrait obtenir du vendeur les 100 qu'il a déboursés, plus 10 représentant la valeur des fruits. (Voy. l'art. 1630, d'après lequel l'acheteur évincé « a droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution du prix; 2° celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les restituer... »). Or ce résultat ne saurait être admis. On chercherait en vain, en effet, un principe de droit auquel il pût se rattacher. Ce qui est vrai, c'est que l'article 1630 réunit, en une seule série, des restitutions et réparations qui ne sont dues par le vendeur qu'à défaut les unes des autres, alternativement, au choix de l'acheteur. En négligeant ce qui est de moindre importance, celui-ci a le droit de demander au vendeur : soit le prix, — et c'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 1631, — soit la valeur de la chose au mo-

ment de l'éviction, — et c'est à cette seconde hypothèse que se rapporte l'article 1633.

Cette manière d'entendre les articles, dont nous parlons, est puisamment corroborée par l'art. 1705, qui, traitant de l'échange, contrat soumis en général aux mêmes principes que la vente (art. 1707), déclare que : « le copermutant, qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages-intérêts », — c'est-à-dire de réclamer avant tout la valeur de la chose qu'il a entendu acquérir, — « ou de répéter sa chose ».

Il est donc établi que l'acheteur évincé a le choix de réclamer la valeur de la chose au moment de l'éviction, ou le prix qu'il a déboursé. Notez qu'il en est ainsi que le vendeur ait été de mauvaise ou de bonne foi, c'est-à dire qu'il ait sciemment traité sur la chose d'autrui, ou qu'il se soit cru propriétaire de la chose. Nos articles en effet ne font aucune distinction ; il n'est donc pas possible de les restreindre à l'une ou à l'autre de ces hypothèses. Si telle eût été l'intention du législateur, il n'eût pas manqué de préciser, comme il le fit dans l'art. 1635.

Cela posé, est-il possible de considérer nos articles comme appliquant les deux seuls principes de l'obligation de réparer le dommage causé par dol ou faute, et de l'obligation de restituer l'enrichissement réalisé sans cause au détriment d'autrui? En aucune façon.

S'il en était ainsi, l'acheteur, à le supposer même de bonne foi, ne pourrait réclamer au vendeur de mauvaise foi que le prix qu'il a déboursé, et la réparation du dommage que la restitution de ce prix ne suffirait pas à réparer, comme, par exemple, si l'éviction était venue entraver des spéculations, qu'il n'avait entreprises que parce qu'il comptait conserver la chose. Quant au vendeur de bonne foi, il ne pourrait être condamné qu'à la restitution de ce qui subsisterait, au moment de l'action intentée contre lui, de l'enrichissement que lui avait procuré la réception du prix. Or l'action de l'acheteur n'est point enfermée dans ces étroites limites. Le vendeur a-t-il été de bonne foi, cette action ne se restreint pas à l'enrichissement du vendeur, tel qu'il se comporte au moment de l'action intentée : l'acheteur peut, à son choix, lui réclamer la valeur de la chose ou le prix, encore qu'il se puisse que chacune de ces quantités excède son enrichissement actuel. De même, que la chose ait considérablement augmenté de valeur, et l'acheteur pourra réclamer au vendeur de mauvaise foi, une somme égale à cette valeur plus haute de la chose, encore que le dommage qu'il a subi, les pertes que lui a causées le dol du vendeur, soient d'une importance beaucoup moindre.

Tout au contraire, les art. 1630, 1631 et 1633 s'expliquent avec la plus

grande facilité, si l'on consent à admettre qu'ils supposent une obligation contractuelle à la charge du vendeur. Une telle obligation reconnue, on s'explique que le vendeur, même de bonne foi, puisse être tenu de payer à l'acheteur évincé la valeur de la chose, — ce n'est là que l'exécution par équivalent pécuniaire, ou en nature, de l'obligation qu'il a contractée (1), — ou de lui restituer le prix, — ce n'est là qu'une application de la règle de l'art. 1184, sur la résolution des contrats synallagmatiques, en cas d'inexécution, par l'une des parties, des obligations qui la grèvent.

Un premier point est donc acquis : les art. 1630, 1631 et 1633 ne sont que la mise en œuvre d'une obligation contractuelle existant à la charge du vendeur. Ce que l'on peut exprimer sous cette autre forme : chaque fois que ces articles seront invocables contre un vendeur, ce ne sera qu'en vertu d'une obligation contractuelle de ce vendeur.

Par là même se trouve réfutée une autre explication de nos articles. Nous venons de voir qu'une première opinion veut y voir l'exposé des conséquences de la nullité de la vente de la chose d'autrui ; l'art. 1599 poserait le principe, les articles 1630, 1631 et 1633 l'appliqueraient. Nous avons fait justice de cette opinion.

En voici une seconde, que nous avons du même coup rendue insoutenable. Dans ce système, la nullité de la vente de la chose d'autrui ne serait que relative, je veux dire que cette vente serait provisoirement valable, produirait les effets d'un contrat valable, sauf à disparaître, à être annulée sur la demande de qui de droit (2). Je n'examine pas, pour

---

(1) Si je ne précise pas davantage, c'est afin de ne point préjuger la question de savoir quel est l'objet exact de l'obligation de garantir de l'éviction.

(2) C'est intentionnellement que je présente comme entaché de *nullité relative*, l'acte qui, provisoirement valable et destiné à rester tel si aucun fait nouveau ne vient à se produire, est susceptible de disparaître par l'effet d'une sentence judiciaire qui le déclarera annulé. Je ne fais en effet aucune distinction entre ce que l'on a appelé l'*inexistence* et ce que l'on désigne sous le nom de *nullité absolue*. Je ne vois en effet, dans la loi, rien qui vienne à l'appui de cette distinction. Lorsque la loi dit d'un acte qu'il est nul, entendant ce mot nul dans le sens qu'il a dans le langage courant, je conclus que cet acte est, au point de vue juridique, je veux dire en tant que susceptible de produire par lui-même des effets juridiques, dénué de toute efficacité, un pur néant. Il est comme s'il n'était pas : il est inexistant. En présence de ces actes nuls, j'en vois d'autres, dont la loi a bien soin de dire qu'ils ne sont pas nuls, qui par conséquent sont valables, produisent leurs effets, mais sont susceptibles d'être annulés, à raison de circonstances particulières, sur la demande de certaines personnes. Tels sont les actes entachés d'erreur, de violence, de dol ou de lésion ; tels sont peut-être encore les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses

l'instant, si c'est là l'idée que l'on doit se faire de la nullité de la vente de la chose d'autrui ; je me borne à avertir que cette idée est fort répandue. Parmi ceux qui l'admettent, il en est qui, poursuivant l'exposé de leur système, prétendent que les articles relatifs à la garantie de l'éviction traitent à la fois du cas où la nullité est demandée et obtenue, et du cas où, la nullité n'étant point demandée, le contrat produit ses pleins effets. L'article 1630, disent-ils, prévoit cumulativement les deux hypothèses ; — l'art. 1631 se place dans le cas où la nullité est prononcée ; — l'art. 1633, dans celui où l'annulation n'est point demandée.

Cette explication des articles 1630, 1631 et 1633 est toute réfutée par la démonstration, que nous avons faite ci-dessus, que même les articles 1630 et 1631 impliquent et appliquent une obligation contractuelle.

On m'objectera cependant qu'un contrat étant annulé, les obligations auxquelles il a donné naissance, même les actes juridiques d'exécution de ces obligations tombent, sont censés n'avoir eu aucune existence. Par conséquent, la vente annulée, l'acheteur sera réputé n'avoir jamais été obligé de payer le prix, et de plus, s'il l'a payé, n'avoir pas transféré la propriété des deniers. D'où suit pour lui le droit de réclamer ce prix au vendeur. Pourquoi ne point voir, dans l'article 1631, l'application de ces principes ? Pourquoi l'article 1630 ne serait-il pas considéré comme prévoyant à la fois le cas où la nullité serait prononcée, et celui où elle ne le serait pas ? — Je réponds que l'article 1631 accorde à l'acheteur le droit de réclamer le prix intégral, qu'il subsiste en nature entre les mains du vendeur, ou qu'il ait été aliéné par lui, ou confondu avec d'autres deniers. En quoi, il ne saurait être regardé comme statuant dans l'hypothèse d'une vente déclarée nulle. Je reconnais que l'annulation de la vente aurait pour résultat de faire disparaître l'obligation de l'acheteur de fournir le prix, et même la translation de propriété des

---

créanciers. On dit de ces actes qu'ils sont entachés de nullité relative, par le motif que ce ne sont que certaines personnes déterminées qui peuvent en obtenir l'annulation, pour les opposer à ceux, que l'on déclare atteints de nullité absolue et qui peuvent, dit-on, être annulés sur la demande de tout intéressé. N'admettant pas cette situation particulière d'un acte, que l'on désigne sous le nom de nullité absolue, il suit que, pour moi, un acte valable n'est jamais susceptible de disparaître, sur la demande d'une personne, que dans les cas que l'on range sous le nom de nullité relative. — J'ajoute que, pour moi, le mot nullité relative, serait avantageusement remplacé par le mot : annulabilité, infiniment plus exact. Néanmoins je ne vois aucun inconvénient à ce que l'on se serve de l'expression nullité relative, dûment définie et précisée. C'est pour ce motif que je n'ai pas hésité à m'en servir au texte.

deniers payés par lui. Il en résulterait que l'acheteur pourrait revendiquer ces deniers, s'ils se retrouvaient en nature entre les mains du vendeur ; il le pourrait, le vendeur eût-il été de bonne foi, alors même que cette action aurait pour résultat, en s'étendant à l'intégralité du prix perçu par le vendeur, de le dépouiller d'une valeur supérieure à son enrichissement actuel. Mais que l'on suppose qu'un tel vendeur de bonne foi ait, sa bonne foi durant encore, aliéné ou confondu avec d'autres les deniers par lui perçus. L'acheteur pourrait-il encore, en toute hypothèse, lui réclamer l'intégralité du prix ? Il ne le pourrait certainement pas. Car, à défaut de la revendication, qui n'existerait plus, il ne pourrait exercer contre lui qu'une action en répétition de l'enrichissement indu, laquelle se limiterait à l'enrichissement actuel du vendeur. Or l'art. 1631 ne fait aucune distinction : même le vendeur, qui a, de bonne foi, rendu impossible contre lui-même la revendication, en aliénant ou en mêlant les deniers, peut être contraint de restituer l'intégralité du prix, sans qu'il soit tenu compte de l'importance de son enrichissement actuel. Cet article ne statue donc pas dans l'hypothèse d'une nullité prononcée.

Cette même généralité de l'art. 1631 pourrait faire croire qu'il ne peut pas davantage être considéré comme statuant dans l'hypothèse d'une résolution, prononcée en vertu de l'article 1184. En effet, pourrait-on dire, la résolution prononcée, comme l'annulation, a pour résultat de faire disparaître et tenir pour non-avenues, et l'obligation de l'acheteur, et la translation de propriété qu'il a faite des deniers. Cette dernière disparue, l'acheteur peut revendiquer, si les deniers se retrouvent en nature et dans leur individualité, entre les mains du vendeur. Mais, si la revendication n'est plus possible, l'action de l'acheteur ne doit-elle pas, contre le vendeur de bonne foi, se limiter à l'enrichissement actuel de ce dernier ? Par suite, l'article 1631 n'est-il pas inapplicable, aussi bien dans l'hypothèse d'une résolution fondée sur l'art. 1184, que dans celle d'une annulation de la vente ? — Cette objection tombe, si l'on réfléchit que la résolution de l'art. 1184 est rattachée par la loi à l'intention des parties. Cette résolution dérive d'un pacte tacite des contractants eux-mêmes, qui sont censés avoir prévu le cas où l'un d'eux viendrait à ne pas exécuter son obligation. Cela étant, on peut dire que, dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties s'engage à exécuter sa promesse, ou, à supposer qu'elle n'exécute pas, et que l'autre partie le veuille, à restituer ce qu'elle aura reçu en exécution de l'obligation de cette autre partie. Il est bien vrai que la résolution prononcée, l'obligation de celui qui l'a demandée, disparaît; qu'en même temps, disparaissent les actes juridiques d'exécution qu'il a pu accom-

plir. Mais les résultats de la résolution ne se bornent point à cela : elle rend exigible et invocable la promesse de restitution faite par l'autre partie. L'acheteur, dans le cas de résolution de la vente, sera bien censé n'avoir jamais été obligé, n'avoir point aliéné la propriété du prix, mais, pour réclamer ce prix, il ne sera pas réduit aux actions en revendication, ou en restitution de l'enrichissement indu : il aura de plus le droit de se prévaloir de la promesse tacite de restitution faite par le vendeur pour le cas précisément où la résolution viendrait à être prononcée, c'est-à-dire qu'il pourra, en toute hypothèse, lui réclamer la restitution intégrale du prix. Il est donc faux de prétendre que l'art. 1631 ne peut s'appliquer à l'hypothèse de la résolution. Nous sommes, tout au contraire, autorisés, par ce qui précède, à conclure qu'il ne peut s'appliquer qu'à cette hypothèse.

D'une manière plus générale, nous pouvons répéter, avec plus d'assurance que jamais, que chaque fois que les art. 1630, 1631 et 1633 seront invocables, ce ne sera qu'en vertu d'une obligation contractuelle du vendeur.

D'où il faut conclure, s'ils sont invocables par l'acheteur de la chose d'autrui, qui vient à être évincé, j'entends par celui qui a traité sur un corps certain qui n'appartenait pas au vendeur, et qui vient à en être dépouillé, que le vendeur de la chose d'autrui, c'est-à-dire celui qui vend un corps certain, dont il n'est pas propriétaire, est tenu envers l'acheteur d'une obligation contractuelle.

Or il en est ainsi, je veux dire que ces articles peuvent être invoqués par l'acheteur d'un corps certain n'appartenant pas au vendeur, auquel une éviction vient enlever cette chose.

Cela est généralement admis. On s'accorde à permettre à l'acheteur du corps certain d'autrui, qui se trouve évincé, de se prévaloir, contre le vendeur, des articles relatifs à la garantie de l'éviction, et notamment des articles 1630, 1631, 1633. Par là-même, on admet, au moins implicitement, que le vendeur d'un corps certain, dont il n'est pas propriétaire, assume, par le contrat de vente, une certaine obligation contractuelle à l'égard de l'acheteur. L'on se heurte ainsi à l'article 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Cet article, en effet, ne s'applique qu'au cas où le contrat porte sur un corps certain appartenant à un autre que le vendeur, et non à celui où il porte sur une chose *in genere*, ou sur une quantité, hypothèse dans laquelle, la vente ne se référant à aucun objet en particulier, il ne peut être question de vente de la chose d'autrui, mais tout au plus de paiement de la chose d'autrui.

Dans le but d'échapper à l'antinomie, qui, lorsqu'on donne à l'acheteur du corps certain d'autrui, le droit de se prévaloir, dans le cas d'é-

viction, des art. 1630, 1631 et 1633, se dégage du rapprochement de ces articles avec l'art. 1599, on pourrait être tenté de refuser à cet acheteur le droit de les invoquer contre le vendeur, et d'en restreindre l'application à l'éviction qui se produirait dans d'autres circonstances, c'est-à-dire à celle qui se réaliserait quoique le vendeur eût été, au moment de la vente, propriétaire du corps certain vendu.

Cette échappatoire serait des plus malheureuses. Sans examiner, pour le moment, si les articles relatifs à la garantie de l'éviction peuvent être invoqués, et lorsque la vente a porté sur une quantité ou un objet *in genere*, et lorsqu'elle a porté sur un corps certain, nous pouvons affirmer qu'ils sont invocables dans ce dernier cas : on n'a pour s'en convaincre, qu'à les lire. Or, lorsque la vente a porté sur un corps certain, — bien loin que les articles, qui traitent de la garantie en cas d'éviction, soient invocables, parmi d'autres cas, même dans celui où le vendeur n'était pas propriétaire lors de la vente, — ils ne sont invocables que lorsque le vendeur n'avait pas, au moment de la vente, la propriété de l'objet vendu.

Cette assertion sera vivement contestée. Eh ! quoi, me dira-t-on, les articles relatifs à la garantie de l'éviction ne sont-ils point généraux ? Comment donc refuser à l'acheteur le droit de s'en prévaloir, si une éviction se produit, quoique le vendeur fût propriétaire lors de la vente ? Que les articles relatifs à la garantie de l'éviction puissent être invoqués par l'acheteur, auquel a été vendue la chose d'autrui, cela peut être contesté, précisément par la raison, développée plus haut, qu'autoriser cet acheteur à s'en prévaloir, c'est reconnaître, à la charge du vendeur de la chose d'autrui, une obligation contractuelle, et par là se buter à l'art. 1599. Aucun doute de ce genre ne peut s'élever, alors qu'une éviction se produit, quoique la vente ait porté sur la chose du vendeur, car cette vente, certainement valable, a pu donner naissance à des obligations contractuelles à la charge du vendeur. N'est-il point contradictoire, ou tout au moins fort singulier, d'appliquer les articles relatifs à la garantie de l'éviction, dans le cas de vente de la chose d'autrui, alors qu'on ne peut le faire qu'au prix d'une véritable antinomie introduite dans la loi, et de refuser de les appliquer dans le cas de vente de la propre chose du vendeur, alors que pas un mot, dans ces articles, ne milite en faveur de ce refus ? Un tel système ne se comprendrait que si, alors et par le fait même que la vente a porté sur la chose du vendeur, l'acheteur ne pouvait subir aucune éviction. Or il est loin d'en être ainsi. Car, d'une part, il se peut que le vendeur, quoique propriétaire de la chose au moment du contrat, n'ait qu'un droit incomplet ; et d'autre part, à supposer même que son droit ait été entier, il peut arriver que, posté-

rieurement au contrat, il diminue, par son fait, le droit de l'acheteur, ou même dépouille complètement ce dernier.

Dans l'un et l'autre cas, une éviction pourra venir frapper l'acheteur.

En effet, si l'on suppose d'abord que le vendeur n'avait qu'une propriété démembrée, grevée d'une charge réelle, cette charge pourra plus tard faire l'objet d'une réclamation en justice contre l'acheteur. Que celui-ci succombe, et il pourra se dire évincé au moins d'une partie de la chose. De même, si l'on suppose que le vendeur, maître absolu de la chose au moment de la vente, a, postérieurement au contrat, grevé la chose d'un droit réel opposable à l'acheteur, ou même aliéné cette chose dans des conditions telles que le second acquéreur soit préférable au premier, l'acheteur, qui se verra judiciairement contraint de supporter le droit réel consenti à son détriment, ou d'abandonner la chose ou toute prétention à la chose, subira bien évidemment une éviction.

Étant ainsi certain que l'acheteur peut fort bien être évincé, quoique le vendeur fût propriétaire au moment de la vente, étant donné d'ailleurs que les articles, qui traitent de la garantie de l'éviction, n'entrent dans aucune distinction, mais parlent en général du recours de l'acheteur évincé, il faut nécessairement admettre qu'ils peuvent être invoqués par l'acheteur de la chose du vendeur, qui vient à subir une éviction.

Pour répondre à cette grave objection, il nous faut distinguer entre les deux circonstances générales, qui, d'après elle, peuvent être suivies d'une éviction de l'acheteur, quoique celui-ci ait traité avec le propriétaire, et par suite autoriser cet acheteur à se prévaloir des articles relatifs à la garantie de l'éviction. Ces deux circonstances sont les suivantes :

1° Le vendeur n'avait qu'une propriété démembrée ;

2° Le vendeur était plein propriétaire, mais il a, depuis la vente, grevé la chose d'une charge opposable à l'acheteur, ou même aliéné au détriment de l'acheteur.

J'examine d'abord cette deuxième hypothèse.

Je commence par déclarer que l'acheteur qui, dans les circonstances qu'elle prévoit, vient à être judiciairement dépouillé de la chose ou forcé de supporter la charge réelle dont la chose a été grevée, a un recours contre le vendeur. Mais j'ajoute aussitôt que ce recours ne doit pas être considéré comme fondé sur les articles relatifs à la garantie de l'éviction. Ce qui le prouve, c'est que ce recours aurait pu être exercé par lui antérieurement à l'éviction. Quelle que soit en effet la nature exacte de l'obligation principale du vendeur, qu'il doive être regardé comme s'engageant à transférer la propriété, ou seulement à livrer et à faire

avoir la chose, ce vendeur est, en vertu de sa promesse même, et conformément au droit commun, responsable de son fait, en tant que ce fait nuit à l'acheteur. Le vendeur ne peut donc aliéner au détriment de l'acheteur, ou grever la chose d'une charge réelle opposable à l'acheteur, sans s'exposer à être poursuivi par ce dernier, en réparation du préjudice qu'il éprouve. Remarquez que l'acheteur est autorisé à agir par le seul fait que le vendeur a aliéné ou constitué une charge réelle sur la chose. Or, quelque largeur que l'on donne au mot éviction, il est certain que l'on ne peut se dire évincé par cela seul que la chose est grevée d'une charge ou appartient à un tiers. Le recours de l'acheteur peut donc être exercé antérieurement à l'éviction. J'ajoute que, l'éviction réalisée, il n'y a aucun motif pour que ce recours, fondé sur le droit commun, disparaisse. L'acheteur se trouve donc, indépendamment de l'éviction, je veux dire que celle-ci soit réalisée ou ne le soit pas, investi d'un recours suffisant contre le vendeur. J'en conclus que le législateur, en rédigeant les articles relatifs à la garantie de l'éviction, n'a pas eu en vue de venir au secours de l'acheteur qui nous occupe. En tant qu'il aurait eu cette intention, il aurait fait œuvre inutile et surérogatoire, ce qui ne se doit point supposer. D'où il suit que l'acheteur qui nous occupe ne peut pas se prévaloir des articles relatifs à la garantie de l'éviction (3).

Je passe à l'hypothèse où le vendeur était, il est vrai, propriétaire au moment de la vente, mais n'avait qu'une propriété démembrée, incomplète, c'est-à-dire grevée de charges réelles. Je prétends que la reconnaissance en justice d'une telle charge n'autorise pas l'acheteur à invoquer, contre le vendeur, les articles relatifs à la garantie de l'éviction.

Que l'on me comprenne bien. Le paragraphe intitulé : de la garantie en cas d'éviction, comprend les articles 1626 à 1640. En laissant de côté les deux derniers, et l'art. 1628 sur lequel je me suis déjà expliqué, on

---

(3) Ceci n'est point contredit, mais plutôt corroboré par l'art. 1628, qui peut certainement être invoqué par l'acheteur placé dans les circonstances que nous examinons. Je n'ai pas dit en effet que cet acheteur ne pourra se prévaloir d'aucun des articles contenus dans le paragraphe intitulé : de la garantie en cas d'éviction. J'ai dit, ce qui est bien différent, qu'il ne peut invoquer les articles qui ont réellement trait à la garantie de l'éviction, qui sont fondés sur l'obligation de garantir de l'éviction. Or précisément l'art. 1628 n'est point fondé sur cette obligation. Ce qui le prouve, c'est qu'il reste invocable dans l'hypothèse où, les parties ayant écarté toute responsabilité de l'éviction, il n'y a point d'obligation de garantir de l'éviction. N'étant point fondé sur cette obligation, le recours, dont il parle, ne peut résulter que de l'application du droit commun.

peut les diviser en trois groupes. Un premier groupe comprend les art. 1626 à 1635 (moins l'art. 1628) : ils traitent du cas où l'acheteur est évincé de la chose elle-même et tout entière ; les art. 1636 et 1637 s'occupent du cas où l'acheteur est évincé d'une partie de la chose ; enfin l'art. 1638 prévoit le cas où la chose vendue se trouve grevée au moment de la vente, et dans des circonstances déterminées, de charges réelles présentant une certaine importance.

Or je ne nie point que l'acheteur, contre lequel aura été judiciairement reconnue l'existence d'une charge réelle, rentrant dans la catégorie de celles, dont s'occupe l'article 1638, puisse se prévaloir de cet article. Ce que je prétends, c'est, d'une part, que le recours de l'article 1638, même exercé après une telle reconnaissance judiciaire, que l'on peut désigner sous le nom d'éviction d'une charge réelle, n'est point, à proprement parler, fondé sur cette éviction, — et, d'autre part, que la reconnaissance judiciaire d'une charge réelle ne peut être considérée comme une éviction de tout ou partie de la chose, ni par suite autoriser celui qui la subit, à se prévaloir des articles 1626 à 1635, ou 1636 et 1637. De la preuve du premier point, il résultera que, parmi les articles rangés par les rédacteurs du Code sous la rubrique : de la garantie en cas d'éviction, les articles 1626 à 1637 seuls s'occupent en réalité de la garantie de l'éviction (encore faut-il en retrancher l'article 1628) ; de la preuve du second point, il résultera que l'éviction d'une charge ne peut autoriser à invoquer ces articles, ce qui reviendra à dire, avec nous, que la reconnaissance en justice d'une charge réelle n'autorise pas l'acheteur à se prévaloir, contre le vendeur, des articles relatifs à la garantie de l'éviction.

Je prouve d'abord le second point : la reconnaissance en justice, l'éviction d'une charge réelle ne doit pas être considérée comme une éviction de partie de la chose.

Je ne prétends pas que l'éviction d'une charge réelle ne puisse avoir pour résultat de priver l'acheteur de la chose, de l'empêcher d'user et de jouir de la chose ; il se pourra fort bien qu'il en soit ainsi, par exemple, si la chose est grevée d'usufruit ou d'hypothèque. Je prétends que l'éviction d'une charge réelle, eût-elle pour résultat de priver l'acheteur de la chose tout entière, ne se confond pas avec l'éviction de tout ou partie de la chose.

Cette proposition négative était admise à Rome. On y faisait fréquemment usage d'une stipulation, par laquelle le vendeur promettait à l'acheteur de lui payer le double du prix : *si quis rem evicerit, quominus habere liceat*. La stipulation n'était *commissa*, ne pouvait être invoquée que moyennant le concours de deux circonstances : il fallait

qu'il y eût éviction de la chose, — que cette éviction eût pour résultat d'empêcher l'acheteur d'avoir la chose, *rem habere*, en lui enlevant la chose elle-même ou sa valeur, *corpus* ou *pecunia* (4). Or la première condition n'était réputée accomplie, que lorsqu'une sentence judiciaire avait déclaré l'acheteur non-propriétaire de la chose tout entière. Une sentence judiciaire portant sur une partie de la chose n'autorisait pas l'acheteur à se prévaloir de la stipulation. Pour qu'il le pût, il fallait que l'éviction partielle eût été prévue par les contractants, au moyen de ce qu'on appelait une *adjectio partis*, et la stipulation rédigée ainsi : *si quis rem*, partemve ex ea *evicerit*... etc. (5). La stipulation ainsi complétée ne pouvait cependant pas être invoquée par l'acheteur, alors qu'une charge réelle était judiciairement reconnue contre lui. Ce qui le prouve, c'est le soin que prenait l'acheteur, qui voulait se réserver le droit d'invoquer la stipulation *duplæ* dans le cas d'éviction d'une charge réelle, d'élargir la rédaction de cette stipulation, en la faisant porter à la fois sur le cas où il serait évincé de tout ou partie de la chose, et sur le cas où une charge réelle serait reconnue contre lui (6). Cet usage me paraît démontrer péremptoirement que l'éviction d'une charge ne permettait pas d'invoquer la *stipulatio duplæ*, lorsque cette stipulation ne prévoyait que le cas d'éviction de la chose ou d'une partie de la chose. Et il en était ainsi, qu'on le remarque, encore bien que cette éviction d'une charge réelle fût telle, qu'elle empêchât l'acheteur de *habere*. L'usufruit, par exemple, était considéré avec raison, par les Romains, comme empêchant de *habere*. Dans le cas de reconnaissance en justice, d'éviction d'un usufruit, la seconde des conditions exigées pour l'exercice de l'action née de la *stipulatio duplæ*, était donc accomplie : *habere non licebat*. Si, malgré cela, la *stipulatio duplæ* ne pouvait être invoquée, c'est donc que la première condition n'était pas réputée réalisée, c'est-à-dire que l'éviction d'une charge réelle n'était pas considérée comme une éviction de tout ou partie de la chose.

J'ajoute que cette doctrine des Romains était absolument logique. Qu'une servitude, ou en général une charge réelle soit un démembrement de la propriété, cela est incontestable. Qu'elle puisse, à ce titre, être considérée comme une partie de la propriété, je le veux bien. Il

---

(4) Voyez notamment Ulpien, l. 21, § 2, D., *de evict.*, XXI, 2.

(5) Voyez Paul, l. 56, § 2, D., *de evict.*, XXI, 2, et un acte de vente, trouvé en Transylvanie, cité par M. Giraud, *Novum Enchiridion juris romani*, p. 652.

(6) Comparez entre eux, à ce point de vue, les quatre actes de vente reproduits dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, III, pp. 937, 941, 944 et 959.

n'en est pas moins vrai qu'une servitude, une charge réelle quelconque peut fort bien être regardée comme n'étant pas une partie de la chose. Ce qui met ce point hors de doute, c'est que, quels que soient le nombre et l'importance des charges réelles qui affectent une chose, le propriétaire n'en peut pas moins être considéré comme propriétaire de la chose entière et de toutes les parties de la chose. Qui promet quelque chose pour le cas où le possesseur serait évincé de la chose ou d'une partie de la chose, peut donc fort bien être considéré comme n'ayant pas entendu promettre pour le cas où le possesseur serait obligé de supporter une charge réelle. Cette promesse pouvant être entendue en ce sens, j'ajoute qu'elle doit l'être, car il est de principe que la promesse doit s'interpréter dans le sens le plus favorable et le moins onéreux pour celui qui l'a faite.

Le même principe, consacré de nos jours par l'art. 1162, doit avoir, dans notre droit, la même conséquence. Le vendeur moderne n'est tenu de la garantie de l'éviction qu'en vertu d'une promesse tacite de sa part. Ce qui le prouve, c'est qu'un pacte exprès peut le décharger de cette garantie (art. 1627). Or cette promesse tacite, en tant qu'elle est réglementée par les articles 1626 à 1637 (7) ne s'applique qu'à l'éviction de la chose ou de partie de la chose. Il en faut conclure, puisqu'une telle promesse peut légitimement ne point s'étendre à l'éviction des charges réelles, qu'elle ne s'y étend réellement pas. En d'autres termes, que l'éviction d'une charge réelle n'autorise pas celui qui la subit à se prévaloir des articles 1626 à 1637 (8).

Reste à démontrer que le recours organisé par l'article 1638 n'est pas fondé sur l'éviction, et par suite ne peut être considéré comme une application de la garantie de l'éviction. Cette preuve est des plus faciles.

---

(7) Je laisse toujours de côté l'art. 1628.

(8) On invoquerait en vain contre cette doctrine, ces mots de l'art. 1602 : « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. » Cette disposition exceptionnelle, dérogatoire au droit commun, a été dictée au législateur par le désir d'éviter que l'acheteur ne fût induit en erreur, et peut-être gravement lésé par la rédaction vague de clauses, ordinairement dressées par le vendeur, et peut-être intentionnellement laissées obscures. Ce motif ne peut s'appliquer ici. Si le vendeur en effet est tenu de garantir de l'éviction de tout ou partie de la chose, ce n'est pas en vertu d'une clause rédigée par lui ou par l'acheteur distrait ou négligent. C'est en vertu d'un pacte tacite, présumé par la loi, et dont la portée est indiquée par la loi elle-même. Si cette détermination est équivoque, l'acheteur le sait, comme le vendeur, car nul n'est censé ignorer la loi. Il me paraît que, dans ces circonstances, l'acheteur ne mérite pas la protection spéciale de l'art. 1602. Cet article doit faire place à l'application de la règle générale de l'article 1162.

Elle est contenue dans l'art. 1638 lui-même, qui est ainsi conçu : « Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté, s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité ». A lire ce texte sans idée préconçue, on voit que le recours, qu'il accorde, est ouvert à l'acheteur par le seul fait de l'existence, sur l'objet vendu, de charges réelles d'une certaine importance, dans des circonstances déterminées. Il n'y est pas question d'éviction. A moins donc de soutenir qu'il y a éviction par le seul fait de l'existence d'un droit opposable à l'acheteur, ce qui n'a jamais été admis, il faut reconnaître que le recours de l'art. 1638 peut être exercé antérieurement à toute éviction. Il est donc indépendant de l'éviction. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne pourra être exercé après la reconnaissance en justice, après l'éviction d'une charge réelle, mais seulement que cette éviction n'a rien de commun avec ce recours. Possible avant l'éviction, il reste possible après. Ni l'éviction ne le fait naître, ni elle n'en empêche l'exercice. En réalité il est fondé sur une promesse toute différente de celle de garantir de l'éviction, sur la promesse de garantir des vices cachés de la chose vendue (9).

---

(9) Qu'il en soit réellement ainsi, c'est ce qui ne me paraît pas sérieusement contestable. Quelle que soit d'abord l'obligation principale du vendeur, qu'il soit tenu de *dare*, ou seulement de livrer la chose, il est clair que le recours de l'art. 1638 ne se rattache pas à cette obligation. Nous venons, d'un autre côté, de démontrer qu'il ne dérive pas de l'obligation de garantir de l'éviction.

Faut-il dire que le vendeur moderne, par cela seul qu'il vend, est censé s'être engagé à fournir une chose absolument libre de toutes charges, un objet *optimus maximus*, comme on disait à Rome ? Une telle promesse, si elle était faite par le vendeur, aurait pour effet de le rendre responsable de toutes les charges, même les plus minimes, qui se révéleraient sur la chose. Mais précisément il résulte de l'art. 1638 que le vendeur n'est responsable des charges réelles, qui viennent à se découvrir, que lorsqu'elles sont de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté, s'il en avait été instruit. Il est donc des charges dont la révélation n'entraîne pas la responsabilité du vendeur ; ce dernier ne peut donc être considéré comme ayant promis l'absence de toute charge sur la chose vendue.

Ces mots de l'art. 1638 : « de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté, s'il en avait été instruit, » pourraient faire croire que notre article n'est qu'une application des règles générales sur l'erreur dans les contrats. En général, en effet, un contractant peut demander l'annulation du contrat qu'il a passé, alors qu'il a cru à l'existence d'une qualité que la chose n'avait pas, et qu'il n'aurait pas contracté s'il avait été exactement renseigné (art. 1110). Un

Quoi qu'il en soit de cette dernière assertion, il résulte de la double démonstration, que nous venons de fournir, que la reconnaissance en justice d'une charge réelle, qui existait au moment de la vente, n'autorise pas l'acheteur à se prévaloir des articles réellement relatifs à la garantie de l'éviction. D'un autre côté, nous avons prouvé plus haut que l'acheteur ne peut pas davantage se prévaloir de ces articles, lorsque le vendeur, propriétaire au moment de la vente, a, depuis le contrat, diminué ou éteint le droit de l'acheteur. — D'une manière générale, il est donc démontré que les articles relatifs à la garantie de l'éviction

---

instant de réflexion suffit pour se convaincre qu'il n'y a pas ici application des règles sur l'erreur. Que décide en effet l'art. 1638 ? Deux choses : la première, c'est que la révélation de l'existence, sur la chose, de charges qui eussent empêché l'acheteur de contracter, s'il les eût connues, permet à cet acheteur de demander la résiliation du contrat. Cette première disposition, si elle était seule, permettrait de faire rentrer notre article dans la théorie générale de l'erreur. Mais elle n'est pas seule, et l'article ajoute que l'acheteur peut aussi demander et obtenir des dommages-intérêts. Cette seconde disposition montre clairement que l'art. 1638 n'est point une application des règles sur l'erreur. Que je puisse en effet, alors que je me suis trompé sur une qualité, ou mieux un attribut substantiel de la chose, demander la nullité du contrat, cela est certain ; mais il est non moins certain que c'est là mon seul droit, et que je ne saurais demander à mon co-contractant de m'indemniser de la non-existence de la qualité que j'attribuais à la chose, laquelle m'eût empêché de donner mon consentement, si je l'eusse connue. Si donc, dans le cas qui nous occupe, l'acheteur a le choix entre la résiliation du contrat ou des dommages-intérêts, étant donné que le vendeur n'est pas nécessairement coupable de dol, ni même de faute, pour avoir vendu sans mentionner les charges qui grevaient la chose, il faut de toute nécessité qu'il y ait de sa part une promesse tacite d'absence de charges de la nature de celles dont il est parlé dans l'art. 1638. Il ne s'agit pas d'une promesse générale, comme celle dont nous parlions tout à l'heure ; le vendeur n'est pas censé avoir déclaré que la chose est libre de toutes charges, quelles qu'elles soient, mais bien qu'elle est libre de charges qui empêcheraient l'acheteur de contracter, s'il les connaissait.

On s'étonnera peut-être de l'existence d'une telle obligation à la charge du vendeur. Il n'y a cependant là qu'une application d'une théorie plus générale, je veux dire celle des vices ou défauts cachés de la chose vendue.

Le principe dans notre droit est, sur ce point, le même qu'à Rome : le vendeur est censé avoir promis l'absence de vices. Mais la notion des vices dont il s'agit a changé. A Rome on considérait comme vices de la chose certaines imperfections de la chose, je ne dirai pas limitativement déterminées, mais considérées comme graves. Principe assez vague, dont les jurisconsultes cherchèrent à atténuer l'indétermination, en consignant dans leurs écrits la solution à donner relativement à une multitude d'imperfections en particulier. — A côté de ces imperfections graves, une autre catégorie comprenait celles qu'à raison de leur moindre importance, le vendeur n'était pas censé avoir prises à sa charge. L'absence de ces imperfections

sont étrangers à l'hypothèse d'un acheteur ayant traité avec le propriétaire de la chose, et ne peuvent être invoqués par lui.

A moins de prétendre que ces articles ne peuvent être invoqués par personne, il faut donc bien admettre qu'ils peuvent l'être par l'acheteur de la chose d'autrui. On y est d'ailleurs obligé par l'art. 2256, 2°.

Mais nous avons prouvé que ces articles ne sont invocables que contre une personne tenue d'une obligation contractuelle. Il en faut conclure que le vendeur de la chose d'autrui est tenu d'une obligation contractuelle, ce qui revient à dire que la vente de la chose d'autrui donne naissance à une obligation valable.

était, à ce point de vue, considérée comme une qualité : le vendeur n'était responsable que s'il avait expressément présenté la chose comme dépourvue de ces imperfections. Mais, à la différence de ce qui se décidait par rapport aux qualités proprement dites, à raison desquelles le vendeur n'était jamais tenu qu'en vertu d'une promesse expresse, de telle sorte que, lorsqu'il n'avait fait aucune promesse de ce genre, il n'était pas responsable de l'absence de ces qualités, encore qu'il l'eût connue au moment de la vente, le vendeur, indépendamment de toute promesse relative aux imperfections dont nous nous occupons, en était responsable lorsqu'il les avait connues au moment de la vente (Voy. l. 4, § 4, D., *de ædil. edict.*, XXI, 1). Ainsi, à Rome, les attributs des choses étaient divisés en trois catégories :

Vices : le vendeur est censé les avoir pris à sa charge ; — imperfections : le vendeur n'est point censé les avoir prises à sa charge, mais il y a dol de sa part à les cacher à l'acheteur, dol qui engage sa responsabilité ; — qualités : le vendeur n'est pas réputé les avoir promises à l'acheteur ; que si elles n'existent point et qu'il le sache, il n'y a aucun dol de sa part à ne pas en avertir l'acheteur.

Les servitudes et en général les charges réelles étaient rangées dans la seconde catégorie, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre en rapprochant ces deux décisions des textes : d'une part, le vendeur n'est point censé avoir promis l'absence de toute charge réelle (l. 59, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1) ; — et d'autre part, il est responsable, indépendamment de toute promesse, lorsqu'il a caché l'existence d'une charge qu'il connaissait (l. 1, § 1, D., *de act. empti*, XIX, 1).

La classification romaine des attributs des choses n'a pas été conservée par le Code. Les vices, c'est-à-dire ces défauts dont le vendeur est censé avoir promis l'absence, ce ne sont plus en général des imperfections graves ; ce sont des imperfections telles, que, si l'acheteur les eût connues, il n'eût pas acheté, ou, ce qui revient au même, il n'eût pas acheté au même prix (art. 1641). A côté de ces vices, il n'y a plus qu'une seule catégorie, les qualités, dont le vendeur n'est tenu qu'en vertu d'une promesse expresse. — La règle relative aux vices en général, et celle que nous avons vue dans l'art. 1638, relativement aux charges réelles dont se trouve grevé l'objet vendu, sont identiques, et nous pourrions répéter ici, en l'appliquant aux vices en général, ce que nous avons dit des charges réelles découvertes sur la chose vendue. Le vendeur n'est pas censé avoir promis que la chose n'avait aucune espèce d'imperfection : l'acheteur ne peut se plaindre que si l'imperfection est telle qu'il n'aurait pas acheté, s'il l'avait connue. Lorsqu'une imperfection

Or l'art. 1599 déclare nulle la vente de la chose d'autrui.

Il se dégage donc, du rapprochement de l'art. 1599 avec les articles relatifs à la garantie de l'éviction, une véritable antinomie, au moins dans la forme.

On conçoit combien cette antinomie rend difficile la détermination des caractères et des effets de la vente de la chose d'autrui.

C'est à cette détermination qu'est consacré le présent travail, que nous diviserons en deux parties, la première relative aux caractères, la seconde, aux effets de la vente de la chose d'autrui.

---

de cette importance se manifeste, ce n'est pas seulement la nullité que peut demander l'acheteur ; il peut aussi conserver la chose et se faire indemniser. Il n'y a donc pas application des règles générales sur l'erreur. — L'identité des règles applicables aux vices en général et aux charges réelles permet de considérer l'art. 1638 comme une application de la théorie générale de la garantie des défauts cachés de la chose vendue.

Cette circonstance que l'art. 1638 applique le droit commun, a cette conséquence importante que la règle qu'il édicte ne doit pas être restreinte aux servitudes, comme il le faudrait s'il contenait une disposition exceptionnelle, mais étendue à toutes les charges réelles d'une importance telle que l'acheteur n'aurait pas contracté, s'il les avait connues, et notamment à l'hypothèque. Voyez sur ce dernier point l'Appendice I.

CHAPITRE I

DES CARACTÈRES DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI.

Dans la détermination des caractères de la vente de la chose d'autrui, on a résolu, ou du moins on a essayé de résoudre, de diverses manières, l'antinomie, que nous avons signalée dans notre introduction, entre les articles relatifs à la garantie de l'éviction et l'article 1599. Il faut dire d'ailleurs qu'un certain nombre d'auteurs ne se préoccupent pas de l'expliquer, comme s'ils ne l'avaient pas aperçue. Ils donnent le commentaire de l'art. 1599, puis des articles relatifs à la garantie de l'éviction, comme si ces articles ne s'appliquaient pas à la même hypothèse, ou comme s'il n'y avait rien que de très naturel à voir un contrat nul produire une obligation contractuelle.

Quelques-uns, abordant la difficulté, prennent un parti héroïque : ils nient que la vente de la chose d'autrui soit nulle. Cela supprime la difficulté, mais non l'art. 1599, qui suffit à condamner le système.

Et ce système n'est pas davantage admissible, lorsqu'on a soin d'ajouter que la vente de la chose d'autrui, valable en principe, pourra, comme tout contrat synallagmatique, être résolue pour inexécution, et que c'est là ce que veut dire l'art. 1599. Car, à ce compte, tout contrat synallagmatique est nul, et le langage perd toute fixité.

D'autres se tirent d'affaire en disant que la vente de la chose d'autrui est nulle, moyennant que la nullité en soit demandée par qui de droit. A supposer que cette nullité ne soit pas demandée, les articles relatifs à la garantie de l'éviction s'appliqueront. — Ce système, qui comporte un grand nombre de variétés, doit être rejeté sans hésitation.

Sous couleur de nullité, il parle en réalité d'annulabilité. Or c'est là, pour un acte, une situation exceptionnelle, dont il n'y a pas d'autres exemples dans le Code (en laissant de côté la matière du mariage), que les actes dans lesquels le consentement a été vicié par erreur, violence, dol ou lésion, et peut-être les actes accomplis par le débiteur en fraude

de ses créanciers (10). Cette situation exceptionnelle, qui dérive des anciennes règles de l' *in integrum restitutio*, ne se doit jamais présumer. Lorsque la loi dit d'un acte qu'il est nul, c'est qu'il est nul. Or un acte nul, c'est, au point de vue des effets juridiques qu'il peut avoir, le néant. Le mot nul ne comporte pas de degrès. Nul et inexistant, c'est la même chose, c'est-à-dire rien.

On voit que toutes ces tentatives ne sont pas heureuses. Le peu que nous en avons dit met au contraire mieux en lumière encore l'antinomie que nous avons signalée. Nous ne nous attarderons pas davantage sur les diverses manières dont on a essayé d'y échapper. Elles seront toutes réfutées, si nous parvenons à rendre claire et à faire admettre par le lecteur la seule conciliation qui soit selon nous possible.

Cette conciliation, dans laquelle apparaissent les vrais caractères de la vente de la chose d'autrui, peut se résumer en sept propositions, que nous nous appliquerons à démontrer l'une après l'autre.

PROPOSITION I

La vente tend essentiellement à obliger le vendeur à transférer à l'acheteur la propriété de l'objet vendu.

Il en était déjà ainsi à Rome. Je sais bien que certains textes paraissent dire le contraire, mais ils ne sauraient prévaloir contre les preuves nombreuses qui militent en faveur de notre doctrine, et que je vais rapidement indiquer.

En premier lieu, voici Gaius, IV, 131 a, qui nous dit : « *Item, si, verbi gratia, ex empto agamus ut nobis fundus mancipio detur, debemus præscribere : ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi..., etc.* ». Ce texte prouve que l'acheteur était autorisé à demander, en vertu de la vente, la mancipation de la *res mancipi* qui lui avait été vendue. Le vendeur était obligé de faire mancipation, il était donc tenu de *dare*. Vendre, par conséquent, c'était s'engager à *dare*.

Et que l'on ne croie pas que l'obligation de *dare*, que ce texte met en lumière, ne résultât que d'une clause spéciale ajoutée à la vente. Outre que rien, dans le passage que nous venons de citer, ne vient à l'appui

---

(10) On ajoute ordinairement les actes passés par une personne que la loi déclare incapable, mais cette manière de voir me paraît formellement condamnée par l'art. 502. Voy. d'ailleurs sur cette question l'Appendice II.

de cette hypothèse, un texte fort important de Paul établit que le vendeur est tenu de *dare* par la seule force du contrat de vente : « *Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet* » (*Sent.*, I, 13 a, § 4).

La même règle était sans doute posée par Ulpien dans le passage qui est devenu la l. 11, § 2, D., *de act. empti*, XIX, 1, dont voici le début : « *Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere : quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum*, etc. ». Le mot *tradere* employé dans ce texte serait amphibologique, sans les mots qui le suivent. Ceux-ci démontrent péremptoirement qu'il s'agit d'une tradition proprement dite, translative de propriété. Le vendeur est tenu de faire une tradition translative de propriété ; il est donc tenu de *dare*. Sans doute que le texte primitif était encore plus probant en ce sens et qu'il disait : *id est tradere vel mancipare*. Mais la suppression de ce dernier mot par les compilateurs du Digeste, lui laisse une force suffisante.

Que la vente contînt l'engagement de transférer la propriété, c'est ce que prouvent d'ailleurs, à côté de ces textes qui le démontrent directement, un grand nombre de circonstances, dont le rapprochement ne me paraît laisser place à aucun doute.

La vente d'abord s'appliquait, non-seulement aux corps certains, mais encore à des objets *in genere*, ou à des quantités. Est-il possible d'admettre que l'acheteur d'un objet *in genere*, ou d'une quantité, n'eût pas l'intention arrêtée de devenir propriétaire d'un tel objet ou d'une telle quantité, et que la vente ne contînt pas la promesse de *dare* ? Mais la vente avait la même nature, qu'elle s'appliquât à une chose indéterminée ou à un corps certain. Il faut en conclure que même la vente de corps certain contenait l'engagement de transférer la propriété.

A l'appui de ce dernier point, on remarquera que le mode normal d'exécuter une vente de corps certain consistait en une translation de propriété de l'objet vendu. Voyez notamment l'acte de vente cité par Giraud (*Enchir.*, p. 652). Or est-il vraisemblable que l'on eût consenti une translation de propriété pour exécuter un contrat qui n'y eût pas obligé le promettant ?

On me dira que le vendeur n'était pas obligé contractuellement à transférer la propriété, mais que néanmoins il ne pouvait la retenir sans dol. Je me refuse absolument à admettre cette explication. Car enfin, si l'on suppose que le vendeur n'a pas promis de *dare*, quel dol peut-il y avoir de sa part à ne point transférer la propriété ? Qu'il y ait dol à ne pas exécuter ce que l'on a promis, soit ; mais je ne puis comprendre qu'il y ait dol à ne pas exécuter ce que l'on n'a pas promis.

Enfin voici encore trois faits qui prouvent que le but des parties qui font une vente est la translation de la propriété. La mancipation, acte translatif de propriété, est définie par Gaius (I, 119) : *imaginaria quædam venditio*. On comprend cette définition, si le contrat de vente contient la promesse de *dare*, car on peut alors dire de la mancipation qu'elle est comme une vente immédiatement exécutée ; on ne la comprend pas, et il n'y a rien de commun entre la mancipation et la vente, si celle-ci n'implique pas l'engagement de transférer la propriété. — D'un autre côté, Paul (l. 5, § 1, D., *de præscr. verb.*, XIX, 5) déclare que l'opération *do pecuniam ut rem des*, est une vente. C'est donc que la vente comprend la promesse de *dare rem* (11). — Enfin on sait que les Sabiniens voulaient faire de l'échange une véritable vente. Or l'échange est une convention par laquelle deux personnes s'engagent chacune à transférer à l'autre la propriété d'une certaine chose. Cette assimilation de l'échange à la vente aurait-elle été tentée, si la vente n'avait pas contenu, en face de la promesse de l'acheteur de *dare* le prix, la promesse du vendeur de transférer la propriété de la chose ?

---

(11) On objectera contre la conclusion que je prétends tirer de ce texte, la loi 16, D., *de cond. caus. dat.*, XII, 4, dans laquelle Celsus s'exprime de la manière suivante : « *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta ? In quod proclivior sum*, etc. ». Il résulte, dit-on, de ce texte que la vente ne consistait pas, du côté du vendeur, à promettre de transférer la propriété ; autrement Celsus eût été obligé de reconnaître une vente dans l'opération qu'il décrit. On ajoute que, si Paul consent à y voir une vente, c'est qu'il tient compte de ce fait qu'un pacte joint peut augmenter les obligations du vendeur, et le mettre dans la nécessité de *dare*, quoiqu'il n'y soit pas tenu de droit commun. — Il me semble que l'on se méprend sur le véritable caractère de l'opération dont parlent Paul et Celsus. On suppose qu'il y a, de la part de celui qui reçoit l'argent, une promesse expresse de *dare* la chose que l'autre partie entend acquérir. Je crois qu'il n'en est rien, et que la véritable physionomie de l'opération en question est la suivante : je vous donne de l'argent dans l'espoir que vous me donnerez *Stichus*, il est entendu entre nous que je ne vous donne cet argent que pour cela, mais vous ne vous engagez pas à me donner *Stichus*. Si vous me le promettiez, il y aurait vente, et cela pour les deux jurisconsultes. Mais vous ne me faites aucune promesse. Or Paul admet en général que le *datum ut des* conclu de la manière dont il est ici question oblige l'*accipiens* à accomplir la dation qu'il a, sans la promettre, laissé espérer au *dans*. Il admet cela aussi ici, de sorte que l'*accipiens* doit donner *Stichus*. Il se trouve dès lors qu'il y a vente. Celsus, de son côté, n'admet dans aucun cas que l'*accipiens* soit obligé de donner ; il ne l'admet pas non plus ici, de sorte qu'il n'y a pour lui point de vente. Les deux jurisconsultes sont en désaccord sur le caractère obligatoire de l'opération *do ut des* en général ; ils ne le sont pas sur la nature de la vente.

De tout ce qui précède me paraît résulter avec évidence que la vente à Rome comprenait la promesse de transférer la propriété. J'ajoute qu'elle ne pouvait pas ne pas la contenir. En d'autres termes, la promesse de *dare* était essentielle à la vente ; il n'y avait de vente que moyennant que l'on s'engageât à transférer la propriété. Aucun doute n'est permis sur ce point en présence de la loi 80, § 3, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1, qui est ainsi conçue : « *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat : sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* ».

Que l'on ne s'imagine d'ailleurs pas que le vendeur n'était tenu que d'accomplir un acte de sa nature translatif de propriété, une mancipation par exemple, qu'il était indifférent que cet acte produisît ou manquât son effet. En réalité la vente contenait l'engagement de transférer la propriété. Les textes, en effet, qui disent que le vendeur doit faire tradition ou mancipation, s'appliquent, non-seulement au vendeur de corps certain, mais aussi au vendeur de genre. Or, dans ce dernier cas, il est évident que le vendeur ne pouvait être considéré comme ayant accompli son obligation, lorsque l'acte translatif de propriété qu'il avait consenti manquait son effet. Le vendeur de genre était donc tenu de procéder à une translation de propriété effective. Or, nous l'avons déjà fait remarquer, la vente de corps certain a la même nature que la vente de genre. Ce n'est donc point l'engagement d'accomplir un acte translatif de propriété que prend le vendeur, c'est proprement l'engagement de transférer réellement la propriété.

J'ai déjà dit qu'il est des textes, qui semblent contredire formellement la conclusion à laquelle nous sommes arrivés. Telles sont notamment : la loi 25, § 1, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1 : « *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit* » ; — la loi 30, § 1, D., *de act. empti* : « *... Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat...* etc. » ; — la loi 1, pr., D., *de rerum permutatione*, XIX, 4 : « *... Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo..* etc. » ; — enfin la loi 3, Code, *de evict.*, VIII, 45 : « *Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum, propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest* ». Je montrerai plus loin que ces textes ne sont pas véritablement contraires à ce que nous avons dit de l'engagement du vendeur de transférer la propriété. Je ne saurais donner ici la preuve de ce point, sans anticiper sur des explications qui trouveront leur place dans la suite. Je demande que l'on veuille bien me faire crédit et considérer dès à présent comme pleinement démontré que la vente romaine contenait

essentiellement la promesse du vendeur de transférer la propriété de l'objet vendu.

Egarés par les textes, dont nous venons de réserver l'explication, les jurisconsultes de l'ancien droit français s'imaginèrent que, d'après le droit romain, le vendeur n'était point tenu de *dare*. Partant de cette fausse interprétation, les uns veulent appliquer la prétendue règle romaine, ils déclarent que le vendeur ne s'engage pas à transférer la propriété; les autres veulent qu'on abandonne le principe romain et que l'on considère la vente comme contenant la promesse de *dare*. Voyez dans le premier sens Domat, *Lois civiles*, livre I, titre II, sect. IV, nº 13; Argou, *Instit. au droit français*, livre III, chap. 23; Pothier, *Traité du contrat de vente*, nºs 1 et 48; voyez, dans le second sens, Caillet (*Thesaurus* de Meerman, t. II, pp. 320, 331), et les auteurs du *Nouveau Denizart*, sur la Garantie.

Actuellement, il est des auteurs qui prétendent que, d'après le Code, la vente n'a pas seulement pour caractère d'obliger le vendeur à *dare*, mais bien de transférer immédiatement et par elle-même, la propriété. Pour eux, la vente n'est plus un acte générateur d'obligations, mais un acte translatif de propriété. Leur principal argument se tire de l'article 1599, qu'ils expliquent ainsi le plus facilement du monde, car il est évident qu'un acte translatif de propriété, accompli sur la chose d'autrui, ne peut être que nul et dépourvu d'effet.

Ce système ne saurait être admis. D'abord il est manifeste que la vente ne peut être considérée comme un acte translatif de propriété, mais seulement comme un acte productif d'obligation, alors qu'elle porte sur un *genus* ou une quantité. Les partisans de l'opinion que nous combattons le reconnaissent, mais ils ne s'aperçoivent pas qu'ils donnent ainsi à la vente, selon son objet, des caractères différents, alors que le Code ne distingue pas.

Ensuite il y a le texte de l'art. 1582: « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer, etc. ». N'y a-t-il pas là la preuve manifeste que la vente n'opère pas la translation de propriété, mais donne seulement naissance à des obligations?

Il est vrai que, si la vente donne naissance à l'obligation de *dare*, cette obligation sera fort souvent exécutée en même temps que contractée. Les articles 711, 1138 et 1583 mettent hors de doute que le consentement suffit, en général, à transférer la propriété, comme il suffit à faire naître des obligations. La question est de savoir si le même consentement, qui porte sur l'obligation de *dare*, opère nécessairement translation de propriété, ou si, alors même que l'intention des parties est que la propriété passe immédiatement de l'une à l'autre, il n'y a pas

lieu de distinguer deux opérations juridiques, deux consentements, l'un relatif à la naissance de l'obligation, productif de cette obligation, l'autre relatif à son exécution et translatif de propriété.

Au point de vue théorique, il est certain que cette seconde manière de voir est plus exacte, plus conforme à la vérité juridique. Autre chose est consentir à s'obliger, autre chose, consentir à exécuter son obligation. Le double consentement aura beau être donné d'un seul coup, les deux éléments, dont il se compose, n'en resteront pas moins distincts.

On prétend que c'est là une vaine subtilité, qu'en fait l'obligation est toujours exécutée en même temps que contractée, qu'en conséquence tout contrat tendant à une translation de propriété peut à bon droit être considéré comme opérant cette translation. Mais c'est une erreur profonde: il est faux que la translation de propriété se produise toujours au moment même où intervient le consentement des parties. C'est ainsi que, si le contrat porte sur un immeuble, la translation de propriété ne s'opère à proprement parler que par la transcription. Il en est ainsi depuis la loi du 23 mars 1855, qui soumet en général à la transcription les actes d'aliénation d'immeubles. La circonstance que cet état de choses n'a été établi que postérieurement au Code, ne prouve pas que, dans le système du Code, l'aliénation devait toujours être un effet immédiat du contrat. Tout le monde sait que les rédacteurs du Code ne prirent parti sur la question de la transcription qu'après avoir rédigé les articles qui ont trait aux obligations conventionnelles en général, et à la vente en particulier. Lors de la rédaction de ces dispositions, ils réservèrent la question de la transcription, et ils les rédigèrent de manière à se ménager le moyen d'établir ou non cette transcription. La question revint plus tard. On ne sait trop quel parti ils prirent. Cependant, d'après l'opinion dominante, la transcription n'était pas nécessaire. C'est en partant de cette idée, que le législateur rendit la loi du 23 mars 1855.

Depuis cette loi, il est certain que ce n'est que la transcription qui investit pleinement l'acquéreur d'un immeuble. Pour exprimer cette idée, on dit ordinairement que le consentement suffit à transférer la propriété entre les parties, mais que c'est par la transcription seule qu'elle est transférée à l'égard des tiers. Cette manière de parler n'est pas exacte. Ce qu'il faut dire, c'est que la propriété n'est transférée que par la transcription. Il me paraît en effet contradictoire que la propriété, qui par essence est un droit existant à l'égard de tous, puisse être considérée comme appartenant à une personne à l'égard d'un individu ou de quelques individus déterminés seulement, et non à l'égard des autres.

On me fera remarquer que l'article 1583 dit que le consentement transfère la propriété à l'égard des parties, on m'objectera l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, qui dit que le défaut de transcription ne peut être opposé que par les tiers. — Je réponds que ces textes ont en vue de décider que l'aliénateur, ayant consenti à l'aliénation, est censé avoir consenti à ce que transcription fût faite, et y avoir consenti d'une manière irrévocable. Il reste propriétaire, il ne sera dépouillé que par la transcription, mais il ne peut se prévaloir du défaut de transcription, car l'acquéreur peut à tout moment la faire, en vertu du consentement même de l'aliénateur.

On voit que ces textes trouvent leur application dans notre opinion. Il est vrai que nous sommes obligés de critiquer la rédaction de l'article 1583, mais nous aimons mieux prêter au législateur une certaine inexactitude de langage, que de lui prêter une absurdité, car c'est une chose contradictoire et par là même absurde que de prétendre qu'une personne peut être propriétaire d'un objet relativement à un ou plusieurs individus déterminés, et non à l'égard de tout le monde.

Mais, me dira-t-on, s'il est vrai que c'est la transcription seule qui fait acquérir la propriété, il faut dire que les créanciers, qui, ayant fait saisie, auront, conformément à l'article 678, pr. c., opéré transcription de cette saisie, antérieurement à la transcription de l'acte d'aliénation consenti par leur débiteur, ne pourront être écartés par l'acquéreur, encore que son titre soit antérieur à la transcription de la saisie. Il est de règle en effet que les créanciers peuvent saisir ce qui appartient à leur débiteur (argument de l'article 686, pr. c.). Si donc la propriété ne passe à l'acquéreur que par la transcription, la saisie, faite et transcrite avant cette transcription, a frappé un bien du débiteur, et doit être opposable à l'acquéreur. Or cela n'est pas admissible. La saisie ne peut plus être faite dès que le débiteur a consenti à aliéner ; les créanciers ne sont pas à ranger parmi ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription. Aux termes, en effet, de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, ne peuvent opposer ce défaut, que les tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés conformément aux lois. Il n'est pas possible de considérer le créancier saisissant qui fait transcription, comme conservant par là son droit. Car, d'une part, la saisie, même parfaite, ne confère au créancier aucun véritable droit sur l'immeuble ; et, d'autre part, à supposer même que le créancier saisissant finisse par acquérir un droit sur l'immeuble, ce droit naîtrait au moment de la transcription et ne pourrait être considéré comme conservé par elle.

Je reconnais que le système que j'ai adopté conduit logiquement à décider que le créancier, qui aura transcrit saisie après l'acte soi-disant

translatif de propriété, pourra écarter l'acquéreur si cet acte n'a été transcrit qu'après la transcription de la saisie. Mais je prétends que cela est parfaitement admissible. D'abord il me paraît certain que, la saisie supposée régulière, le créancier a un vrai droit sur l'immeuble. De quelle nature est exactement ce droit, peu importe. Mais il est sûr que la situation de ce créancier à l'égard de l'immeuble saisi, n'est pas la même que celle d'une personne quelconque à l'égard d'un immeuble qui lui est étranger. Il a donc un certain droit sur l'immeuble. Cela posé, on dit que ce droit naît au plus tôt au moment de la transcription de la saisie, et par l'effet de cette transcription. Or, dit-on, l'on ne peut opposer le défaut de transcription, que si l'on a conservé son droit conformément aux lois ; cette formule suppose un droit antérieur, que la transcription ne fait que consolider. Je réponds que cette formule ne doit pas être prise à la lettre. Elle est un dérivé de la rédaction de l'article 1583, qui elle-même, ainsi que nous l'avons dit, doit être taxée d'inexactitude, à moins que l'on ne veuille que le législateur ait dit une absurdité, une chose impossible et contradictoire.

Etant ainsi prouvé que, lorsqu'il s'agit d'immeubles, la propriété n'est transférée que par la transcription, qu'en conséquence la vente, portant sur un immeuble, ne peut être considérée comme translative de propriété, mais tout au plus comme productive d'obligations, il en est évidemment de même de la vente portant sur un meuble. En cette matière, il est vrai que, le consentement suffisant à transférer la propriété, la vente, supposé qu'elle contienne la promesse de *dare*, pourra être exécutée en même temps que contractée. Mais il n'en faudra pas moins démêler dans l'intention des parties, qui voudront que la propriété soit transférée tout de suite, deux consentements très distincts, portant l'un sur la naissance de l'obligation, l'autre, sur son exécution. D'où il faut conclure que, si cela leur plaît, elles pourront reculer la translation de la propriété, convenir, en d'autres termes, que l'obligation à laquelle elles donnent naissance en ce moment, ne sera exécutée que plus tard.

Mais, s'il est vrai que la vente, en tant que vente, c'est-à-dire abstraction faite de tout acte d'exécution, ne peut donner naissance qu'à des obligations, quelle obligation tend-elle à faire naître à la charge du vendeur ? Est-ce l'obligation de transférer la propriété ? ou ne faut-il pas dire que le vendeur ne s'engage qu'à livrer, qu'à mettre l'acheteur en possession ? Il faudrait se garder d'adopter cette dernière opinion. Si l'article 1582 paraît tout d'abord la favoriser, un instant d'attention suffit à dissiper cette fausse apparence. L'article 1583 présente la translation de la propriété comme résultant de l'exécution de la vente telle qu'elle est définie dans l'art. 1582. Il en faut conclure que la vente con-

tient l'engagement de *dare*, donne naissance à l'obligation de transférer la propriété. Je sais bien que, dans l'ancien droit français, la vente, qui ne contenait pas la promesse de *dare*, s'accomplissait normalement par la translation de la propriété de l'objet vendu, que même le vendeur propriétaire était tenu de consentir aliénation de sa chose au profit de l'acheteur. Mais c'était là une incohérence de doctrine, que, jusqu'à preuve du contraire, il faut supposer que les rédacteurs du Code ont eu à cœur de faire disparaître.

Mais, dira-t-on, la preuve qu'ils n'ont pas répudié la doctrine de l'ancien droit, c'est précisément le mot livrer de l'art. 1582. Si les rédacteurs du Code avaient entendu mettre à la charge du vendeur l'obligation de transférer la propriété, bien sûr qu'ils l'auraient dit et n'auraient pas employé le mot livrer qui désigne seulement une mise en possession de l'acheteur. — Je nie formellement que le mot livrer n'ait que ce sens. De même qu'en droit romain, *tradere* signifiait à la fois mettre en possession et faire une tradition translative de propriété, le mot livrer avait incontestablement, dans l'ancien droit, le double sens de remettre simplement une chose à quelqu'un, et de faire une tradition translative de propriété. Ce double sens, je prétends que le mot livrer l'a conservé sous l'empire du Code. — Comment, me dira-t-on, cela pourrait-il se faire, alors que, dans notre droit, du moins lorsqu'il s'agit d'un corps certain, la tradition n'est plus nécessaire pour transférer la propriété et que la translation de propriété n'exige plus jamais, de la part du vendeur, que le seul consentement? Je réponds que ce consentement même est considéré par le Code comme une tradition. Ce n'est qu'une tradition fictive, si l'on veut, ce n'en est pas moins une tradition. La preuve en est dans l'article 938, qui ne peut laisser subsister aucun doute sur ce point. On peut donc fort bien, dans notre droit, pour exprimer qu'une personne est tenue de transférer la propriété, c'est-à-dire qu'en réalité elle est tenue de consentir à la translation de propriété, dire qu'elle est tenue de livrer. C'est en ce sens que l'art. 1136 dit que l'obligation de donner emporte celle de livrer, c'est-à-dire l'obligation de donner emporte celle de faire cette tradition fictive qui résulte du seul consentement, ainsi qu'il est écrit en l'art. 1138. A l'inverse, lorsque la loi dit d'une personne qu'elle s'engage à livrer, il se peut que ces mots désignent la promesse de faire cette tradition translative de propriété qui consiste à consentir à ce que la propriété soit transférée. Cela posé, j'ajoute que c'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 1582, car on y trouve le précieux avantage d'échapper aux contradictions de l'ancien droit.

PROPOSITION II

La vente portant sur la chose d'autrui, l'obligation de dare *ne peut prendre naissance.*

Ce n'est là qu'une application d'un principe général : la promesse de *dare* la chose d'autrui ne donne naissance à aucune obligation.

Ce principe n'est, je le sais, expressément formulé nulle part. Il n'en est pas moins certain, car il découle de la nature même des choses. Il est en effet absolument impossible de transférer la propriété d'une chose dont on n'est pas propriétaire. Promettre de transférer cette propriété, c'est donc promettre quelque chose d'impossible. En d'autres termes, c'est ne point s'obliger, car une des conditions essentielles à la naissance d'une obligation, c'est qu'elle ait un objet possible.

Je sais bien qu'il n'est pas impossible d'acquérir la chose d'autrui pour en transférer ensuite la propriété, ou de s'entendre avec le propriétaire de la chose pour qu'il consente à se démettre de sa propriété en faveur d'un tiers. Je sais, en d'autres termes, qu'il n'est pas impossible de faire en sorte *ut detur*. Mais autre chose est de promettre de *dare*, autre chose, de promettre de faire en sorte *ut detur*. La validité de cette dernière promesse, alors même qu'elle porte sur la chose d'autrui, ne prouve en aucune façon que la promesse de *dare* la *res aliena* puisse donner naissance à une obligation. Ces deux promesses n'ont rien de commun.

Je vais plus loin et je reconnais que la promesse de *dare* pourra et devra, dans certains cas, être considérée comme équivalant à une promesse de faire en sorte *ut detur*. L'important en effet, c'est l'intention des parties, ce ne sont point les termes dont elles se sont servies. Si donc une convention portant promesse de *dare* la *res aliena* est conclue dans des circonstances telles qu'il soit manifeste que les parties ont voulu faire naître l'obligation de faire en sorte *ut detur*, leur intention devra être respectée. Leur promesse qui, dans la forme, est une promesse de *dare* donnera naissance à une obligation, quoiqu'elle porte sur la chose d'autrui. Mais tout cela ne va pas à l'encontre de mon dire. Car quelle obligation a pris naissance? Est-ce l'obligation de *dare*? Non, c'est l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Et la promesse elle-même, est-ce en tant que promesse de *dare* qu'elle donne naissance à une obligation? Nullement : c'est en tant que promesse de faire en sorte *ut detur*.

Je n'en dirai pas plus long pour justifier que la promesse de *dare* portant sur la chose d'autrui ne peut, en tant que promesse de *dare*, donner naissance à aucune obligation. Je le répète, ce principe est fondé sur la nature même des choses. Il s'impose, il ne peut pas ne pas être admis, il doit se retrouver dans une législation quelconque.

C'est dire qu'il était admis à Rome. Certains textes semblent, il est vrai, dire ou au moins impliquer le contraire. Je veux parler d'abord de la loi 28, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1, qui décide que : « *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio, sed res emptori auferri potest* ». Ce texte, je le reconnais, n'est pas contredit par la loi 3, C., *de rei vindic.*, III, 32 (12), qui n'a pas pour but de statuer sur la validité de la vente, mais seulement de décider que la chose vendue par un tiers n'enlève pas son droit de propriété à celui à qui elle appartient. Néanmoins je n'admets pas que l'on se fonde sur la loi 28, pour dire que, la vente tendant à obliger le vendeur à *dare*, il faut conclure, de ce que l'on peut vendre la chose d'autrui, c'est-à-dire s'obliger en vendant la chose d'autrui, que la promesse de *dare* la *res aliena* donne naissance à une obligation. Cette conclusion, en effet, dépasse la portée des prémisses d'où l'on prétendrait la tirer. La vente comprend nécessairement l'engagement de transférer la propriété de l'objet vendu, je l'admets ; la vente de la chose d'autrui donne naissance à une certaine obligation à la charge du vendeur, je l'admets aussi. Ce que je n'admets pas c'est que cette obligation soit une obligation de *dare*, et qu'elle résulte de la promesse de transférer la propriété qui a certainement été faite, puisqu'il s'agit d'une vente. Quelle est l'obligation que la vente de la chose d'autrui fait naître à la charge du vendeur, quel est l'objet précis de la promesse d'où dérive cette obligation, je ne le recherche pas pour le moment. Mais, je le répète, l'effet utile de la vente de la chose d'autrui ne résulte pas de la promesse de *dare*, que cette vente contient. Ce qui le prouve, c'est que l'acheteur de la chose d'autrui ne peut se plaindre indépendamment de l'éviction, ne peut actionner le vendeur en se fondant uniquement sur ce que celui-ci n'était point propriétaire (13). Or il devrait avoir ce droit, si la vente de la chose d'autrui donnait naissance à une obligation de *dare*,

---

(12) Loi 3, C., *de rei vind.*, III, 32 : « *Mater tua vel maritus fundum tuum, invita vel ignorante te, vendere jure non potuit ; sed rem tuam a possessore vindicare, etiam non oblato pretio, poteris*, etc. ».

(13) Voy. les lois, déjà citées, 1, pr., D., *de rerum permutat.*, XIX, 4, et 3, C., *de evict.*, VIII, 45.

car, lorsque l'on admet qu'un non-propriétaire peut être obligé de transférer la propriété, c'est précisément là l'effet que l'on rattache à l'obligation de *dare* la chose d'autrui.

Il est des textes qui disent que l'on peut s'engager à *dare* la *res aliena*, ou qui supposent la validité de la promesse de *dare* la *res aliena* (14). Ces textes ne me paraissent pas tels qu'il faille nécessairement en conclure qu'un non-propriétaire pouvait être tenu de l'obligation de *dare*. Nous avons dit précédemment qu'il peut arriver que, sous l'apparence d'une promesse de *dare*, se cache une véritable promesse de faire en sorte *ut detur*. Les Romains n'avaient sans doute pas été sans s'en apercevoir. A l'appui de ce dire, j'invoque les règles admises à Rome en matière de legs de la chose d'autrui. Un tel legs est nul, quand le testateur se croyait propriétaire de la chose léguée ; il est valable, quand le testateur savait que la chose appartenait à autrui (15). Ces règles se justifient parfaitement, si l'on admet que le motif de la distinction est que l'on présume, dans le second cas, que le testateur a eu l'intention de grever l'héritier, non de l'obligation de *dare*, mais de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, ce qui ne peut être présumé dans le premier cas. Par analogie avec ces règles, il n'est, je crois, pas téméraire d'admettre que, dans le cas de promesse contractuelle de *dare* portant sur la *res aliena*, cette promesse était considérée comme équivalant à la promesse de faire en sorte *ut detur*, lorsque les deux parties savaient que la chose appartenait à autrui. En pareil cas, en effet, il est logique de présumer que leur intention commune a été de faire naître l'obligation de faire en sorte *ut detur* (16). On peut donc considérer les textes, auxquels j'ai fait allusion, comme décrétant la validité ou se référant à l'existence de la promesse de faire en sorte *ut detur*, qu'il est possible et légitime d'admettre dans certains cas de promesse de *dare* portant sur la *res aliena*, et comme ne contredisant pas le principe que l'on ne saurait être tenu de *dare* une chose dont on n'est pas propriétaire.

Il y a d'ailleurs des arguments directs à faire valoir en faveur de l'admission de ce principe par les jurisconsultes romains. La donation

---

(14) Voy. l. 25, § 10, D., *de famil. ercisc.*, X, 2, — l. 58, § 1, D., *de jure dotium*, XXIII, 3, — l. 91, § 1, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1, — l. 137, § 4, D., ibid., — l. 98, § 8, D., *de solut.*, XLVI, 3.

(15) Voy. § 4, Inst., *de legat.*, II, 20, et l. 7, § 3, D., *de legatis* 1°, XXX.

(16) Il est clair que, lorsque l'une des parties ignore que la chose appartient à autrui, on ne peut admettre la naissance d'une obligation de faire en sorte *ut detur*, car il n'y a pas de concours de volontés sur ce point.

de la *res aliena*, qu'elle eût été effectuée au moyen d'un acte soi-disant translatif de propriété, ou d'une promesse de *dare*, n'exposait le donateur à aucune action du donataire, ni avant, ni même après l'éviction de ce dernier (voy. l. 18, § 3, D., *de donationibus*, XXXIX, 5). Or bien certainement le donataire aurait eu action contre le donateur, au moins dans le cas de donation faite par promesse de *dare*, si la promesse de *dare* la *res aliena* avait donné naissance à une obligation. — D'un autre côté, la loi 27, C., *de evict.*, VIII, 45, et la loi 11, § 18., D., *de act. empti*, XIX, 1 (17), décident que, dans le cas de vente sans garantie, c'est-à-dire alors que la vente ne contient que la promesse de *dare*, l'acheteur qui vient à s'apercevoir que le vendeur n'était point propriétaire, est autorisé à répéter son prix, du moins lorsqu'il a ignoré que la chose fût à autrui. Or on sait qu'à Rome l'auteur d'une promesse n'était pas autorisé à répéter ce qu'il avait fourni, pour le seul motif d'inexécution de la promesse, d'ailleurs valable, de son co-contractant (18). Le droit de répétition, accordé par nos textes à l'acheteur sans garantie de la chose d'autrui, ne peut donc s'expliquer que par l'absence de toute obligation à la charge du vendeur, par l'inefficacité de la promesse de *dare* faite par ce vendeur. — Enfin la circonstance que l'acheteur de la chose d'autrui peut agir, indépendamment de toute éviction, lorsque le vendeur lui a caché qu'il n'était pas propriétaire (19), prouve à la fois que la vente tend à faire naître l'obligation de *dare*, et que cette obligation ne naît point lorsque le vendeur traite *de re aliena*. Car, d'une part, ce n'est que si la vente tend à faire naître l'obligation de *dare*, qu'il y a dol de la part du vendeur à cacher qu'il n'est pas propriétaire; et, d'autre part, ce n'est que si cette obligation ne prend pas naissance, qu'il est possible d'expliquer que l'acheteur ne puisse agir qu'en invoquant le dol du vendeur et non en invoquant l'obligation de *dare*.

Il est donc démontré qu'en droit romain, la promesse de *dare* la *res aliena* ne donnait naissance à aucune obligation. Le même principe est nécessairement admis par notre Code. Car, encore une fois, ce n'est point là une de ces régles qu'il dépende du législateur d'établir ou de n'établir point. La loi la subit, plutôt qu'elle ne l'édicte. Ne serait-ce point là le motif pour lequel le Code ne la formule nulle part expressément?

---

(17) Ce dernier texte a souvent été interprété différemment, mais le sens que je lui attribue me paraît bien plus en harmonie avec la marche des idées dans le texte lui-même.

(18) Voy. ce que nous avons dit sur ce point dans notre *Etude sur les origines de la théorie classique des actions en droit romain*, chap. IV, art. III, § 1.

(19) Voy. l. 30, § 1, D., *de act. empti*, XIX, 1.

Je dis qu'il ne la formule pas *expressément*, car on peut voir dans l'article 1021, d'après lequel le legs de la chose d'autrui est nul, une application de l'idée qu'un non-propriétaire ne saurait être tenu de l'obligation de *dare*. Que l'on ne nous objecte pas que le Code édicte la nullité du legs de la chose d'autrui, « soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas » ; que l'on ne nous dise pas qu'il en était autrement à Rome, et que la diversité des résultats démontre que les principes admis de nos jours ne sont plus ceux qui avaient cours parmi les jurisconsultes romains. Aujourd'hui, comme à Rome, il ne peut y avoir d'obligation de *dare* la chose d'autrui. D'où il suit qu'aujourd'hui comme à Rome, le legs par lequel le testateur prétendrait imposer à son héritier l'obligation de *dare* une chose qui appartient à autrui, est forcément nul, et cela que le testateur ait su ou non quel était le propriétaire. Ceci posé, à Rome on admettait que la circonstance que le testateur avait su la chose à autrui, suffisait à prouver qu'il avait voulu imposer à son héritier de faire en sorte *ut detur*. Que le Code ne l'admette pas, cela n'empêche pas les deux législations d'être d'accord sur ce point essentiel : nullité du legs tendant à imposer à l'héritier l'obligation de *dare* une chose, lorsque cette chose appartient à autrui.

Je termine en faisant remarquer que tout le monde admet que le donateur de la chose d'autrui, je veux dire celui qui, ayant promis de transférer la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas, a livré cette chose, n'est tenu d'aucune garantie si le donataire vient à être évincé. Comment ce résultat négatif pourrait-il se produire, si la promesse de *dare* donnait naissance à une obligation, même lorsqu'elle émane d'un *non-dominus* ?

PROPOSITION III

La nullité de l'obligation de dare *à laquelle tend la vente, nullité provoquée par la circonstance que la vente porte sur la chose d'autrui, n'empêche pas que les autres obligations, que le contrat en question peut tendre à faire naître à la charge du vendeur, puissent prendre naissance. En particulier, dans le cas de vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction, l'obligation de garantir de l'éviction prend naissance, encore que la promesse de* dare, *contenue dans la vente, ne puisse donner naissance à une obligation par le motif que le vendeur n'est pas propriétaire de l'objet vendu.*

Je dis en premier lieu que la personne, qui promet de *dare* telle chose, et à la charge de laquelle ne naît point d'obligation de *dare*, par le motif que cette chose ne lui appartient pas, peut fort bien se trouver grevée d'une ou plusieurs autres obligations, si, à côté de la promesse de *dare*, elle a fait quelque autre ou plusieurs autres promesses.

Ce premier point me paraît évident, et je ne m'attacherai pas à le démontrer.

Il est même tellement évident que l'on me fera peut-être un reproche d'attirer l'attention sur des choses aussi claires. On se convaincra cependant de l'utilité de la constatation que nous venons de faire, si l'on songe que, de par le Code, quiconque vend, quiconque, moyennant un prix, promet de *dare* un corps certain, à côté de la promesse de *dare*, est censé faire encore la promesse de délivrer et celle de garantir (art. 1603) (20). Cette constatation en effet suffit à nous avertir que ces deux promesses, de livrer et de garantir, peuvent peut-être donner naissance à une obligation, quoique la promesse de *dare* ne produise aucun effet, comme émanant d'un non-propriétaire.

Notez que je ne dis point que ces obligations prennent toujours naissance, lorsque la promesse de *dare* est inefficace à cause du défaut de propriété du vendeur. Je dis qu'il se peut qu'elles prennent naissance.

---

(20) Je dis que le vendeur d'un corps certain est censé promettre de délivrer et de garantir. Je crois en effet que le vendeur d'un objet *in genere* n'est point visé par l'art. 1603, n'est point considéré comme assumant les obligations énumérées au chap. IV du titre de la vente.

Pour l'obligation de livrer, cela résulte suffisamment des articles mêmes qui traitent de cette obligation, lesquels manifestement s'occupent du cas où la vente porte sur un corps certain. Voy. notamment les art. 1609, 1614, 1624. *Non obstat* la première hypothèse prévue par l'art. 1619 ; il suffit de lire l'article en entier pour voir que cette première hypothèse n'autorise pas l'argument *a contrario* qui se présente d'abord à l'esprit.

Pour l'obligation de garantir de l'éviction, cela est clair, puisque cette obligation est présentée par le Code comme pouvant être écartée par les parties (art. 1627), — ce qui ne se conçoit pas dans le cas de vente de genre. Conçoit-on que le vendeur de tant de sacs de blé puisse être autorisé à se libérer en livrant du blé qui ne lui appartiendrait pas ?

Enfin pour l'obligation de garantir des vices, il est également certain qu'elle n'est pas assumée par le vendeur de genre. Quand on irait jusqu'à dire que celui qui promet un objet *in genere*, est tenu de donner une chose qui n'ait point de vice, il reste incontestable qu'il n'a point promis que telle chose n'avait point de vice, car, au moment de la vente, aucun objet du genre n'est encore individuellement pris en considération. Or c'est sur une telle promesse s'appliquant à un objet déterminé, qu'est fondée l'obligation de garantir des vices.

Pour voir ce qu'il en est réellement, il nous faut distinguer entre l'obligation de délivrer, celle de garantir de l'éviction et celle de garantir des vices (21).

§ 1. — Obligation de délivrer.

On pourrait, au premier abord, croire que l'article 1603 et les articles de la section II du chapitre IV, dont le premier déclare que : « Il (le vendeur) a deux obligations principales : celle de délivrer... etc. », et dont les autres parlent « de la délivrance », s'occupent de l'obligation de livrer, que l'art. 1582 considère comme assumée par le vendeur. Ce serait une erreur. Il s'agit dans ces textes d'une obligation distincte de celle que prévoit l'art. 1582.

On remarquera en premier lieu la différence des termes employés. Tandis que l'art. 1582 dit : *livrer*, nos articles parlent de *délivrer* et de *délivrance*. C'est là une première indication, à laquelle je n'attache d'ailleurs pas plus d'importance qu'elle n'en mérite. Ce qui est plus probant, et tout à fait décisif, c'est ce que nous apprend le Code sur la manière dont s'exécutent l'obligation de livrer et celle de délivrer. Ces deux obligations comportent une exécution absolument différente : elles sont donc véritablement distinctes. L'une, celle de livrer, est parfaite par le seul consentement (art. 1583 et 1138) ; l'autre n'est accomplie que par le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (art. 1604), c'est-à-dire, ainsi qu'il résulte des art. 1605-1607, par la remise matérielle à l'acheteur de la chose vendue, en tant qu'elle est susceptible de remise matérielle.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que l'obligation de délivrer, dont il est question ici, soit un dérivé de l'obligation de *dare*, en ce sens que l'obligation de *dare* ne se comprendrait pas sans l'existence simultanée

---

(21) J'avertis que je prends ici le mot éviction dans le sens propre de *défaite judiciaire* fondée sur ce que l'acheteur n'a pas été rendu propriétaire de la chose ou de partie de la chose. Non que je veuille préjuger la question de savoir si la promesse de garantir de l'éviction ne peut être invoquée par l'acheteur que dans cette circonstance, ou si elle s'étend encore à d'autres hypothèses. Je laisse cette question pendante. Mais, faisant remarquer que, quelque solution qu'elle doive recevoir, le vendeur, qui promet garantie de l'éviction, promet au moins garantie pour le cas d'éviction judiciaire, d'éviction proprement dite, j'avertis que je n'entends m'occuper de la promesse de garantie de l'éviction, pour rechercher si elle donne naissance à une obligation, lorsqu'elle émane du vendeur de la chose d'autrui, qu'en tant qu'elle se limite à la garantie de l'éviction proprement dite.

d'une obligation de délivrer telle que celle que réglementent les articles 1604 et suivants. Je sais bien que l'art. 1136 déclare que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose, mais j'ai déjà dit qu'il faut entendre par là l'obligation de procéder à un acte translatif de propriété, c'est-à-dire en général à cette tradition fictive, qui s'effectue par le seul consentement. Il n'y a donc aucun argument à tirer de l'art. 1136. Or, en dehors de ce texte, je ne vois aucune disposition de la loi, de laquelle il soit possible de conclure que l'obligation de livrer, c'est-à-dire de *dare*, emporte nécessairement et toujours l'obligation de délivrer.

Mais, me dira-t-on, qu'est-il besoin d'un texte ? L'existence de l'obligation de délivrance, comme accessoire de l'obligation de *dare*, ne dérive-t-elle pas de la nature même des choses ? Conçoit-on qu'une personne obligée de *dare* c'est-à-dire tenue en première ligne de transférer la propriété, de consentir un acte translatif de propriété, en un mot, de livrer, ne soit pas de plus dans la nécessité de mettre le stipulant en possession de la chose, c'est-à-dire de délivrer ? — Je réponds que l'on se méprend. Il est bien certain que celui qui a promis de *dare*, peut, une fois accomplie la translation de propriété, objet de son obligation, être actionné en revendication par le stipulant, et que cette action aboutit normalement à le mettre dans la nécessité d'abandonner la chose à son nouveau propriétaire. Mais la question n'est pas là. La question est de savoir si, à côté, ou, si l'on veut, au lieu de l'action en revendication qui lui appartient incontestablement après l'accomplissement de l'acte translatif de propriété, celui qui s'est fait promettre cet acte et auquel il a été consenti, peut, pour obtenir le délaissement de la chose, exercer une action personnelle, une action fondée sur une obligation de l'autre partie. La question ainsi posée, il est clair que la réponse affirmative n'en doit pas être cherchée dans la nature des choses, car il est manifeste que rien *a priori* n'empêche de concevoir une obligation de *dare* isolée, une personne obligée seulement de transférer la propriété, sauf la faculté pour le créancier, devenu propriétaire, d'user des moyens qui, de droit commun, appartiennent au propriétaire pour obtenir le délaissement de la chose. Si donc, dans notre droit, l'obligation de *dare* ne va pas sans une véritable obligation de délivrer, ce ne peut être qu'en vertu d'une disposition positive de la loi : il faut un texte.

Or, je le répète, ce texte n'existe pas. Que l'on ne m'objecte pas l'article 1603 lui-même ; que l'on ne me dise pas que le vendeur est essentiellement tenu de *dare*, que la loi ajoute qu'il est obligé de délivrer, et que, du rapprochement de ces deux dispositions, il résulte clairement que quiconque est tenu de *dare*, est aussi obligé de faire la dé-

livrance. Le vice de ce raisonnement serait par trop évident. Autant vaudrait dire, en se fondant sur le même article 1603, que quiconque est tenu de *dare* est aussi obligé de garantir, ce qui est manifestement contredit par l'article 1627.

L'obligation de délivrer n'est donc pas un accessoire nécessaire de l'obligation de *dare*. Il faut en conclure qu'une personne promettant de *dare* moyennant un prix, pourrait valablement écarter l'obligation de délivrer. Et cette opération serait une véritable vente, car elle rentrerait dans la définition de l'article 1582. Si donc le vendeur est en général tenu de l'obligation de délivrer, si cette obligation existe à sa charge lorsqu'il n'a pas pris soin de l'écarter, elle repose en définitive sur une promesse tacite, qu'il aurait pu ne pas faire, mais qui est présumée faite, dans le silence des parties. En d'autres termes, l'article 1603 décide que quiconque, moyennant un prix, s'engage à *dare*, est censé de plus promettre de délivrer (22).

---

(22) Il n'y a pas lieu de s'étonner de l'établissement de cette présomption. Il est en effet très-important, pour l'acheteur, d'avoir, à côté de la revendication, qui lui appartient incontestablement après l'exécution de l'obligation de *dare*, une action personnelle pour obtenir la délivrance. A supposer que l'obligation de délivrer fût sans autre conséquence que celle de permettre précisément à l'acheteur, pour se faire remettre la chose, une action personnelle, cette obligation aurait son utilité, dans le cas où le vendeur aurait donné quelque sûreté pour l'exécution de ses obligations. Cette sûreté pourrait être invoquée par l'acheteur pour assurer la délivrance. Il en serait autrement, si l'acheteur ne pouvait réclamer la remise de la chose que par la revendication, si, en d'autres termes, le vendeur n'était tenu que de transférer la propriété. En pareil cas, en effet, ayant effectué cette translation, le vendeur se trouverait avoir satisfait à toutes ses obligations, et du même coup seraient éteintes toutes les sûretés fournies pour en assurer l'exécution. — Mais de plus l'obligation de faire délivrance ne contraint pas seulement le vendeur à livrer, n'importe où et n'importe quand ; elle le contraint à livrer en un certain lieu et en un certain temps. De telle sorte que, si la délivrance n'a pas lieu en ce temps et en cet endroit, l'acheteur peut se plaindre. Il est vrai que, n'eût-il à sa disposition que la revendication, le juge de cette action devrait tenir compte du dommage causé à l'acheteur par le déplacement et la possession prolongée de la chose. Mais il ne le pourrait certainement que si le vendeur avait agi de mauvaise foi, je veux dire sachant que la propriété de la chose appartenait à l'acheteur. Du reste, même dans le cas de mauvaise foi du vendeur, l'acheteur ne pourrait certainement pas demander la résolution de la vente, mais seulement des dommages-intérêts. Au contraire, si le vendeur est tenu de délivrer, en vertu d'une promesse spéciale, cette promesse va produire ses effets, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, sauf, s'il est de bonne foi, limitation des dommages-intérêts à la réparation du dommage prévu ; d'autre part, si cette promesse est inexécutée, l'acheteur pourra demander la résolution du contrat.

Les deux obligations de transférer la propriété et de délivrer dérivant de deux promesses distinctes, rien n'empêche en général de concevoir que l'une soit valable et l'autre nulle. La nullité de l'une n'a pas pour conséquence nécessaire la nullité de l'autre. Ce qui ne veut pas dire que, l'une étant nulle, l'autre sera certainement valable. Tout dépend des circonstances, et l'on ne peut, à ce sujet, formuler d'autre règle générale que celle-ci : la nullité de l'une des deux obligations de *dare* et de délivrer n'a jamais pour cause unique la nullité de l'autre.

Il y a donc lieu de se demander si la promesse de délivrer, tacitement ou expressément faite par le vendeur de la chose d'autrui, produit une obligation à sa charge, ou si elle est dépourvue d'effet, comme la promesse qu'il a faite de transférer la propriété.

Recherchons d'abord quelle était, sur ce point, la solution romaine.

Le fait même d'entreprendre cette recherche suppose : 1° qu'à Rome, comme de nos jours, le vendeur était en général tenu, non-seulement de l'obligation de *dare*, mais encore d'une obligation de délivrer distincte; 2° que cette obligation de délivrer dérivait d'une promesse tacite du vendeur. Or je crois qu'il en était réellement ainsi.

Que le vendeur romain fût en général tenu d'une obligation de délivrer distincte de celle de *dare*, c'est ce que prouve le fait que l'acheteur était autorisé à agir contre le vendeur, dans le cas où il était exposé à succomber sur un interdit possessoire. Cette action de l'acheteur est d'abord rattachée par les textes à une certaine obligation du vendeur de fournir la *possessio*, la *vacua possessio*, termes qui ne s'appliquent pas à l'obligation de *dare* (ll. 2, § 1 ; 3, pr. ; 11, § 13, D., *de act. empt.*, XIX, 1 ; — l. 22, *de acqu. vel amitt. poss.*, XLI, 2). C'est là une première indication en faveur de l'existence d'une certaine obligation de délivrer, distincte de celle de *dare*. Ce qui est plus probant, c'est que l'action accordée à l'acheteur, dans le cas où il est exposé à être dépossédé par un interdit, ne se peut fonder sur l'obligation de *dare*. Cette dernière obligation, en effet, est pleinement accomplie par une translation de propriété, encore qu'un interdit soit possible contre l'*accipiens*, et ne peut par conséquent servir de fondement à une action par laquelle l'acquéreur voudrait se plaindre de la possibilité d'un tel interdit. On chercherait d'ailleurs en vain à rattacher cette action à quelque autre obligation du vendeur, qui ne serait pas une obligation distincte de délivrer la chose. C'est ainsi qu'il ne peut être question de l'obligation de garantir de l'éviction. Car cette obligation n'est invocable que lorsqu'il y a éviction, or il n'y a évidemment pas éviction par cela seul que l'ache-

teur est exposé à succomber sur un interdit (23). De même cette éventualité ne peut être considérée comme un vice. Nous avons vu en effet que l'existence d'une servitude, d'une charge réelle n'est pas un vice ; il en est certainement de même de l'existence au profit d'un tiers du droit d'exercer victorieusement un interdit. Cette possibilité n'est tout au plus qu'une de ces imperfections dont on ne doit pas garantie, mais que l'on ne peut cependant cacher à l'acheteur, sans un dol dont il pourra se prévaloir pour agir contre le vendeur. Mais nos textes ne subordonnent pas l'action qu'ils accordent à l'acheteur, à raison de l'interdit qui le menace, à l'existence d'un dol du vendeur. Reste donc que cette action soit fondée sur une obligation distincte du vendeur de fournir la *vacua possessio*, de délivrer la chose.

Cette obligation d'ailleurs ne pouvait dériver que d'une promesse tacite du vendeur. Ce qui est vrai de nos jours, savoir que l'obligation de délivrer n'est pas un accessoire obligé de l'obligation de *dare*, était également vrai à Rome. D'un autre côté, aucune disposition législative n'avait artificiellement établi, entre les deux obligations, ce lien qui ne résulte pas de la nature des choses. Reste donc à admettre que qui s'engageait à *dare* moyennant un prix, était réputé faire en même temps la promesse de délivrer la chose. Cette présomption d'ailleurs, n'ayant, à la différence de celle qui existe dans notre droit, été établie par aucun acte législatif, s'était sans doute constituée peu à peu à la suite et en considération de l'usage général d'une promesse expresse de délivrer, faite par le vendeur. Je veux dire que sans doute il fut un temps où l'acheteur exigeait ordinairement, à côté de la promesse de *dare*, une promesse expresse de faire délivrance (24). Cet usage s'étant généralisé,

---

(23) Ceci ne veut pas dire que l'acheteur dépouillé par un interdit exercé contre lui ne pouvait agir *de evictione*. Nous verrons plus loin si cet acheteur avait ou non ce droit.

(24) J'estime que l'usage d'ajouter, à la promesse principale de *dare*, une autre promesse par laquelle le vendeur s'engageait à délivrer la chose, remonte à une haute antiquité. Sans doute qu'il était déjà en vigueur à l'époque où la vente se concluait par stipulations réciproques. Quant aux motifs pour lesquels il s'introduisit, il faut, à mon avis, les chercher dans ce fait que, la promesse de *dare* donnant lieu à une action *certi*, action dans laquelle le juge ne pouvait tenir compte de l'équité, on fut heureux de trouver, dans l'emploi de la promesse de fournir la *vacua possessio*, le moyen de donner naissance à une action *incerti*, dans laquelle le juge jouissait d'une bien plus grande liberté. C'est ainsi que le juge de l'action *incerti*, fondée sur la promesse *possessionem tradi*, pouvait tenir compte du dol et de la faute du promettant, — ce que ne pouvait faire celui qui était chargé de statuer sur la promesse de *dare*. De même le juge de l'action née de la promesse de délivrer

il vint un moment où le juge se crut autorisé à tenir pour faite la promesse de délivrer, encore bien qu'elle ne l'eût pas été.

La promesse de délivrer, tacitement faite par le vendeur romain, donnait certainement naissance à une obligation, lorsqu'elle émanait du propriétaire de la chose. Que dire du cas où le vendeur n'était pas propriétaire ?

J'estime qu'il faut distinguer. Je pense qu'en général l'obligation de livrer ne prenait pas naissance, ce qui revient à dire qu'en général on ne pouvait pas s'engager à livrer la chose d'autrui. Non que l'objet d'une telle promesse fût impossible, mais parce qu'il était considéré comme immoral. A l'appui de cette manière de voir, j'argumente de ce que livrer sciemment la chose d'autrui était un vol (§ 3, Inst., *de usucap.*, II, 6 ; Gaius, II, 50) : on ne pouvait évidemment s'obliger à commettre un vol. — J'argumente encore de la loi 34, § 3, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1, qui est ainsi conçue : « *Item, si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor ; nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor solus scit, emptor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur. Et ita Pomponius quoque scribit* ». Pour bien saisir la portée de ce texte, il faut remarquer que, dans l'hypothèse générale qu'il prévoit, qui est celle de vente d'une chose volée, la promesse de *dare* du vendeur est nécessairement dépourvue d'effet, comme portant sur la chose d'autrui. D'un autre côté, il me paraît évident que, si la chose avait été livrée, l'acquéreur aurait le droit de se prévaloir de la promesse de garantie de l'éviction, à supposer qu'une telle promesse eût été expres-

---

pouvait condamner le défendeur à la restitution des fruits produits par la chose depuis le moment du contrat, — ce que ne pouvait certainement pas faire le juge de l'action fondée sur la promesse de *dare*. Voy. sur ce dernier point la loi 4, pr., D., *de usuris*, XXII, 1, qui, rédigée à une époque bien postérieure, et, rapprochant, de la stipulation de *dare*, celle qui porte sur la remise de la possession, décide encore que les fruits *continentur* dans la seconde, et non dans la première (La loi 3, § 1, D., *de act. empti*, XIX, 1, ne peut être alléguée à l'encontre de ce dernier point. Le raisonnement de Pomponius, l'auteur de cette loi, est évidemment vicieux. Il est vrai que la stipulation *rem dari* ne permet pas au juge d'allouer les fruits, mais pour quelle raison ? c'est que le juge de l'action née de cette promesse ne peut tenir compte de l'équité, qu'il ne peut notamment pas tenir compte de la promesse *possessionem tradi*, qui, ainsi que le dit notre jurisconsulte, peut être considérée comme tacitement faite par celui qui promet *rem dari*. Il est donc faux d'en conclure que le juge de l'action née de la promesse *possessionem tradi*, ne pourra faire produire à cette promesse les effets que réclament les règles générales).

sément ou tacitement faite. Je ne vois en effet pas pour quel motif cette promesse resterait lettre morte, alors qu'il s'agit d'une chose volée. Le texte décidant, au moins dans deux cas, que le vendeur n'est tenu d'aucune obligation, ce qui ne s'expliquerait pas si l'acheteur était tenu de l'obligation de garantir de l'éviction, c'est-à-dire s'il y avait eu livraison, se place donc dans l'hypothèse où la livraison n'a pas encore été faite. Dans cette hypothèse, il décide en général que le vendeur n'est point obligé, c'est-à-dire n'est pas tenu, non-seulement de l'obligation de *dare*, mais encore de celle de faire livraison, de délivrer. Ce ne peut être que parce qu'en général il est immoral de livrer, non-seulement une chose volée, mais sans distinction une chose appartenant à autrui. Il est vrai que, supposant que le vendeur savait, en contractant, et savait seul, que la chose avait été volée, le texte déclare que, en pareil cas, *utrimque obligatio contrahitur*, d'où il semble résulter que le motif de la nullité de l'obligation de délivrer, édictée dans les cas précédents, ne doit pas être recherché dans une certaine immoralité qu'il y aurait à livrer la chose d'autrui, car cette immoralité ne serait pas moindre dans le cas qui nous occupe. Mais je ne crois pas que le texte ait en vue de décider que, dans ce cas, le vendeur sera tenu de délivrer ; je crois que cette obligation est nulle dans ce cas, aussi bien que dans tout autre où il s'agit de la chose d'autrui. Ce qui est vrai, ce qu'à mon sens, le texte a pour but de décider, c'est que, dans le dernier cas qu'il prévoit, l'acheteur, trompé par le vendeur, a action contre lui pour demander réparation du dommage qu'il éprouve, — c'est en ce sens que le vendeur est obligé ; — mais cet acheteur ne peut demander cette réparation que déduction faite du prix qn'il aurait été obligé de payer pour obtenir la chose, de sorte que l'on peut dire qu'il est tenu de payer ce prix, — c'est en ce sens que l'acheteur est obligé. — Enfin la loi 31, § 1, D., *depositi*, XVI, 3, fournit encore un argument en faveur du caractère non-obligatoire de la promesse de livrer la chose d'autui (25).

Il me paraît évident que la promesse de livrer la chose d'autrui donnait naissance à une obligation, lorsque celui, de qui elle émanait, avait reçu du propriétaire la permission de faire délivrance de la chose à un tiers. Pareille permission pouvait être accordée à un mandataire. Depuis le moment où la vente était devenue un contrat consensuel, il était devenu possible à celui qui voulait vendre sa chose, par l'entremise d'un

---

(25) Cette loi décide que le dépositaire d'une chose volée n'est pas, malgré sa promesse, tenu de la restituer au déposant.

mandataire, de charger simplement celui-ci de transmettre à tel acheteur en particulier ou à un acheteur quelconque, son propre consentement. Le mandataire alors jouait le rôle de simple *nuntius;* c'était le propriétaire lui-même qui était le vendeur. A une époque antérieure, alors que la seule forme de s'obliger était la stipulation, cette manière de procéder n'était pas possible : la stipulation ne se pouvait faire par l'entremise d'un *nuntius*. Le mandataire ne pouvait que s'obliger lui-même. Or il ne pouvait valablement promettre de *dare*, puisqu'il n'était pas propriétaire. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de s'engager à livrer, promesse que l'autorisation du propriétaire rendait susceptible de produire une obligation. Il est clair que ce mode de procéder resta possible, après la transformation de la vente en contrat consensuel : cela dépendait du choix des parties.

J'estime qu'il dépendait également des parties de fixer à leur guise les droits du créancier gagiste ou hypothécaire, pour le cas de non-paiement à l'échéance. En général sans doute que ce créancier vendait au nom du débiteur, je veux dire se bornait à transmettre le consentement d'avance donné par le débiteur, qui se trouvait ainsi réellement vendre lui-même. Mais sans doute que rien n'empêchait les parties de convenir que le créancier s'engagerait lui-même à délivrer la chose, avec le consentement dès à présent irrévocable du débiteur.

D'autres personnes autorisées par le propriétaire à livrer sa chose d'une manière définitive, et par suite capables de promettre cette livraison, sont : le tuteur, celui qui a acquis une *res mancipi* par simple tradition, celui encore qui possède régulièrement une chose qui n'est pas susceptible de propriété privée, par exemple, un fonds provincial, etc. Toutes ces personnes ne peuvent s'obliger à *dare*, mais rien n'empêche leur promesse de livrer, fût-ce à titre définitif, de produire une obligation (26).

---

(26) Je ne crois pas qu'il faille ranger, dans la catégorie des personnes qui, incapables de s'obliger à *dare*, peuvent néanmoins s'obliger à livrer, le pérégrin régulièrement nanti d'une chose qui voudrait en disposer. Il est vrai que le pérégrin n'est point réellement propriétaire de cette chose, ni d'aucune autre. Néanmoins, s'il s'engage à *dare*, cette promesse donnera action à celui qui l'aura reçue. Non que le pérégrin puisse réellement s'obliger à *dare*, ni que le stipulant soit autorisé à agir contre lui de la même manière qu'il le ferait contre un véritable propriétaire, qui aurait fait une telle promesse. L'action contre le pérégrin n'était accordée que grâce à une fiction, par laquelle il était réputé citoyen, considéré par conséquent comme propriétaire *ex jure Quiritium*, et par suite comme valablement obligé par sa promesse de *dare*. Voy. notre étude de droit romain, chap. III, article I, p. 133.

Les personnes, munies de l'autorisation de livrer la chose d'autrui, pouvaient certainement s'obliger par stipulation à faire cette délivrance. Pouvaient-elles valablemement vendre cette chose? Je précise le sens de la question. Vendre, c'est promettre de *dare* et promettre de livrer. La promesse de *dare* ne donne certainement naissance à aucune obligation. La question est de savoir si le promettant sera tenu de livrer. Je réponds sans hésiter par l'affirmative.

Cependant, me dira-t-on, ce qui fait la vente, c'est la promesse de *dare*. Si cette promesse ne donne naissance à aucune obligation, pas d'action *ex empto*. Aucun moyen par conséquent de se prévaloir de la promesse de faire délivrance. Celle-ci est comme si elle n'avait pas été faite ; en d'autres termes, elle est nulle. — Cette objection n'a aucune valeur. Oui, ce qui fait la vente, c'est la promesse de *dare*. Mais, entendons-nous bien, il y a vente, encore que cette promesse soit sans effet. En veut-on la preuve, elle se trouve notamment dans ce fait que l'acheteur d'une chose hors du commerce peut exercer l'action *empti* (ll. 4 à 6, pr. ; l. 62, § 1 ; l. 70. *de contrah. empt.*, XVIII, 1), alors que cependant le vendeur n'est évidemment pas tenu de l'obligation de *dare*. L'action *empti* pourra donc, dans le cas qui nous occupe, être exercée par l'acheteur pour demander l'exécution, non de l'obligation de *dare*, mais de celle de délivrer.

Il résulte de là que l'on peut dire qu'à Rome, la vente pouvait valablement émaner d'un non-propriétaire. Au point où nous en sommes arrivés, ce principe ne signifie que ceci : certains non-propriétaires peuvent vendre, c'est-à-dire, en déclarant vendre, s'obliger réellement à quelque chose. Nous verrons plus loin comment les Romains furent amenés à dire que n'importe quel non-propriétaire peut vendre.

J'estime que, de nos jours, comme à Rome, il faut, d'une manière générale, subordonner la validité de la promesse de livrer, émanant d'un non-propriétaire, à l'existence d'un pouvoir conféré par le propriétaire. A l'appui de cette manière de voir, on peut alléguer l'art. 1938 (27), qui prouve que, malgré sa promesse de restitution, le dépositaire n'est pas tenu de rendre au déposant la chose reçue en dépôt, lorsque cette chose appartient à autrui.

---

(27) Article 1938, 2° : « Néanmoins, s'il (le dépositaire) découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant, etc ».

Ce principe trouvera son application en matière de bail, en matière de prêt à usage, etc. Le preneur ne pourra valablement s'engager à sous-louer, que si cette faculté lui a été expressément ou tacitement accordée par le bailleur. De même l'emprunteur ne pourra s'obliger à prêter à son tour, que si le prêteur le lui a permis. Et ainsi des autres cas. D'une manière générale, il faudra, dans chaque cas particulier de promesse de livrer la chose d'autrui, un pouvoir assez étendu pour enlever toute immoralité à l'engagement pris. Ce ne sera que renfermée dans les limites de ce pouvoir, que la promesse de livrer la chose d'autrui donnera naissance à une obligation.

C'est dire que l'engagement de livrer la chose d'autrui d'une manière définitive, pourra, de nos jours, rarement être considéré comme valable, car il arrivera rarement que le propriétaire ait conféré le pouvoir de livrer ainsi. Cependant l'existence d'un pouvoir aussi large n'est pas impossible. Lorsqu'une telle autorisation aura été donnée, l'obligation de délivrer, expressément contractée, et contractée isolément, prendra certainement naissance : cela est clair. Que si le non-propriétaire, muni de cette autorisation, déclare vendre, il devra non moins certainement être considéré comme tenu de l'obligation de délivrance, quoiqu'il ne soit pas tenu de *dare*. La question délicate est de savoir s'il devra être considéré comme vendeur. Ce n'est point là une simple question de mots, car ce n'est que si le contrat en question est une vente, que pourront notamment s'y appliquer les articles 1674 à 1685, relatifs à la rescision pour cause de lésion.

La réponse à la question posée ne peut être qu'affirmative. Nous verrons en effet tout à l'heure que le Code considère comme une véritable vente, le contrat qui donne naissance à l'obligation de garantir contre l'éviction. Or nous avons démontré précédemment que cette obligation ne peut naître qu'à la charge d'un non-propriétaire, d'une personne qui ne peut, par conséquent, pas être tenue de *dare*. La naissance de l'obligation de *dare* n'est donc pas indispensable à l'existence d'une vraie vente. Comme en droit romain, ce qui est essentiel à la vente, ce qui fait la vente, c'est la promesse de *dare*. Qu'une telle promesse soit faite, moyennant un prix, bien entendu, et il y aura vente, encore que l'obligation de *dare* ne prenne pas naissance (28).

---

(28) Il ne serait pas sérieux d'opposer à cette idée que nous nous faisons de ce qui constitue la vente, le mot « s'oblige », de l'art. 1582. Ce mot peut fort bien avoir été employé pour dire « s'engage, promet ». On ne peut de ce seul mot conclure qu'il n'y a de vente, qu'à la condition que l'obligation de *dare* prenne naissance, alors qu'il est d'autre part certain qu'il y a vraiment vente, dans des cas où la promesse de *dare* est restée sans effet.

Après tout ce qui précède, j'ai à peine besoin de dire que la vente, conclue par un non-propriétaire, non autorisé à livrer la chose à titre définitif, ne donnera naissance ni à l'obligation de *dare*, ni à l'obligation de délivrer.

§ 2. — Obligation de garantir de l'éviction.

Nous avons démontré, dans notre introduction, que la promesse de garantir de l'éviction, que le Code considère comme faite par le vendeur (art. 1603), lorsqu'il n'y a pas de clause contraire (art. 1627), est dépourvue de toute utilité, quand en fait le vendeur est propriétaire de la chose qu'il vend. Nous en avons conclu qu'elle doit avoir effet, alors que le vendeur n'est pas propriétaire. L'article 2256 prouve d'ailleurs qu'il en est ainsi. Il se trouve donc établi que l'obligation de garantir de l'éviction prend naissance, lorsque la vente porte sur la *res aliena*, quoique la promesse de *dare* soit dénuée d'efficacité. Il en est d'ailleurs ainsi, que l'obligation de livrer ait pris naissance ou non (29).

Ces résultats sont absolument conformes à ceux du droit romain, dans son dernier état. Je veux dire que, dans cette phase du développement du droit romain, le vendeur, par le seul fait de vendre, s'engageait aussi à *dare*, à livrer, et, en laissant de côté la promesse de garantir contre les vices de la chose, à garantir de l'éviction. Que, par le défaut de propriété du vendeur, l'obligation de *dare* ne pût pas prendre naissance, l'obligation de garantir de l'éviction existait, que d'ailleurs l'obligation de livrer fût née ou non.

La réalité de ce que je viens d'avancer nous est attestée de la manière la plus formelle par le texte suivant de Paul (*Sent.*, II, 17, 2) : « *Si res simpliciter traditæ evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset* ».

L'état de droit, manifesté dans ce texte, ne remonte pas bien haut dans le passé. Il n'est que le dernier terme d'une évolution, dont je crois bon de donner une idée, car nous aurons plus tard à tirer parti de ce que nous allons en dire.

---

(29) On voit que le contrat, par lequel les parties ont déclaré « vendre, acheter », peut (en ne parlant ici que des obligations de *dare*, de délivrer et de garantir de l'éviction, à l'exclusion de l'obligation de garantir des vices) ne donner naissance qu'à l'obligation de garantir de l'éviction. Or cette obligation est considérée par le Code comme née de la vente. Il est donc démontré que, ainsi que nous l'avons dit, ce qui fait la vente, c'est, non *l'obligation de dare*, mais la *promesse de dare*, même dépourvue d'effet.

On a voulu chercher les origines de la vente consensuelle du droit classique, dans l'antique *nexi datio*, dont la mancipation est un reste. C'est là une erreur. Sans entrer dans les détails, et en nous réservant de renvoyer à notre étude de droit romain pour la démonstration de la plupart des assertions que nous allons émettre, voici, dans ses grandes lignes, quelle fut à Rome l'évolution de la vente.

A l'origine, il n'y avait aucune distinction des choses en *res mancipi* et *nec mancipi*. La propriété de toutes les choses, quelles qu'elles fussent, pouvait être transférée par la tradition, et ne pouvait être transférée qu'ainsi (30). A cette même époque, la vente d'une chose quelconque se concluait au moyen de deux stipulations réciproques, par lesquelles l'une des parties promettait de *dare* la chose, et l'autre, de payer le prix (31). Rien d'ailleurs n'empêchait les parties d'ajouter, à ces stipulations, d'autres stipulations quelconques, ayant trait, par exemple, à une indemnité que le vendeur devrait payer à l'acheteur. dans le cas où celui-ci subirait une éviction, fondée sur le défaut actuel de droit du vendeur.

Cet état de choses se maintint jusqu'au règne de Servius Tullius Ce prince décida que la propriété de certaines choses, celles-là mêmes qui, jusqu'à l'époque de Justinien, restèrent soumises à certaines règles spéciales, sous le nom de *res mancipi*, ne pourrait désormais plus être transférée que moyennant le paiement d'un prix, pesé (on se servait à cette époque de monnaie d'airain qui se pesait) et remis en présence de témoins, et la prononciation de formules solennelles. L'ensemble de ces formalités prit le nom de *nexi datio* (32).

Ces innovations ne rendirent pas la vente inapplicable aux *res mancipi*: on pouvait toujours s'engager à les *dare*. Mais, comme précisément la dation d'une telle chose ne pouvait plus s'effectuer que par la *nexi datio*, laquelle exigeait le paiement *in ipso negotio* d'un certain prix, il fallut désormais, en stipulant la dation d'une *res mancipi*, indiquer, dans la stipulation même, le prix qui serait versé au moment de la *nexi datio*, et dire, par exemple : *spondesne dare Stichum ducentis assibus* ? La stipulation de *dare* une *res mancipi*, sans indication d'un prix, eût en effet été inexécutable, et par suite non obligatoire. — D'un autre côté, il devint inutile d'ajouter, à la vente d'une *res mancipi*, une stipulation *de evictione*, en prévision du cas où la propriété de la chose n'appar-

---

(30) Voy. notre Thèse de droit romain, note 20.

(31) Voy. Thèse rom., Chap. I, Article II, § 2, proposition II, *in fine*.

(32) Voy. Thèse rom., texte et note 20.

tiendrait pas au vendeur. Le fait, en effet, de procéder à une *nexi datio*, relativement à une chose dont on n'était pas propriétaire, et de toucher le prix de cette chose *in ipso negotio*, fut considéré comme une sorte de vol, entraînant probablement l'infamie, et certainement l'obligation de restituer, à celui qui l'avait payé, le double de ce prix. Celui qui stipulait la dation d'une *res mancipi* n'avait donc nul besoin de se faire promettre indemnité pour le cas d'éviction : sitôt la *nexi datio* accomplie, il pouvait, en prouvant que cette opération avait été faite par un non-propriétaire, lui réclamer, par une action dite action *auctoritatis*, le double du prix payé, encore qu'aucune éviction ne se fût réalisée (33).

L'introduction, ou mieux la diffusion de la monnaie d'argent ne modifia en rien ces règles de la vente des *res mancipi*. Désormais, sans doute, le prix payé par l'acquéreur dans la *nexi datio*, consiste en argent, mais la réception de ce prix par un non-propriétaire constitue toujours un délit, et donne lieu à l'action *auctoritatis*. Il n'y a donc toujours aucune utilité, pour celui qui stipule la dation d'une *res mancipi*, à s'assurer contre le défaut de propriété du promettant, au moyen d'une stipulation spéciale. — D'autre part, la stipulation de *dare* une *res mancipi* doit toujours contenir l'indication du prix, qui figurera dans la *nexi datio*. — Remarquons cependant que celui qui reçoit une chose par *nexi datio*, à côté du prix en argent, remet à l'autre partie un petit morceau d'airain (*æs*), avec lequel il a au préalable frappé la balance, que tient un personnage appelé *libripens*. C'est là un souvenir de l'époque où le prix ne consistait qu'en airain, et était, non pas compté, mais pesé. Ce petit morceau d'airain n'a aucune valeur. Aussi n'en tient-on pas compte dans le calcul de la condamnation de l'action *auctoritatis* (34).

La nécessité de recourir à la *nexi datio*, pour l'aliénation des *res mancipi*, avait notamment ce très grave inconvénient de ne permettre, en fait de ventes de *res mancipi*, que la vente au comptant, je veux dire sans terme pour aucune des parties, et la vente avec des termes égaux pour la dation de la chose et le paiement du prix. Il n'était pas possible de convenir que la propriété de la chose serait transférée immédiatement, et le prix, payé seulement plus tard. Pour obvier à cet inconvénient, on imagina de recourir à ce que l'on appela la *nexi datio nummo uno*, c'est-à-dire d'abaisser le prix, payé par le *nexi accipiens*, dans des proportions telles qu'il n'eût plus rien de sérieux (35). Cette

(33) Voy. Thèse rom., texte et note 21.

(34) Voy. Thèse rom., suite du texte.

(35) Voy. Thèse rom., suite du texte.

nexi datio nummo uno, dans laquelle, à côté de l'*aes*, n'était plus payé qu'un prix en argent insignifiant, fut employée, non-seulement pour réaliser une vente avec terme accordé à l'acheteur pour le paiement du prix véritable, mais encore dans des hypothèses où il ne devait y avoir aucun prix sérieux, par exemple, pour faire donation d'une *res mancipi*. Il suffisait pour cela de se borner à la *nexi datio nummo uno*. Lorsqu'il était dans l'intention des parties de ne point supprimer le prix, mais seulement d'accorder un terme à l'acquéreur, elles procédaient, à côté de la stipulation de *dare* la chose, laquelle ne contenait que l'indication du *nummus unus*, destiné à être payé *in ipsa nexi datione*, à une autre stipulation, par laquelle le *nexi dans* se faisait promettre un prix plus élevé, le véritable prix, destiné à être payé à une époque ultérieure.

Cette manière de procéder, à côté des avantages qu'elle pouvait avoir pour l'acheteur, avait l'inconvénient de le dépouiller de toute protection efficace, dans le cas où le vendeur n'était pas propriétaire. Il est vrai que la *nexi datio nummo uno* donnait lieu à l'action *auctoritatis*, mais cette action ne pouvait aboutir qu'à une condamnation portant sur le double de ce *nummus unus*, c'est-à-dire sur une somme dérisoire. Il était donc prudent, de la part de celui qui stipulait la dation *nummo uno* d'une *res mancipi*, de se ménager un recours plus efficace, au moyen d'une promesse expresse de son co-contractant. Sans doute qu'il n'y manquait pas, et qu'il se faisait habituellement promettre ce qu'il aurait pu obtenir par l'action *auctoritatis*, si le prix réel avait été destiné à être payé, et payé en effet, dans la *nexi datio* même, c'est-à-dire la restitution du double du prix réel pour le cas où il pourrait prouver que le vendeur n'était pas propriétaire au moment de la *nexi datio*. Cette stipulation portait sans doute le nom de *stipulatio secundum mancipium*, qui nous a été conservé par la Table de Bétique, reproduite dans l'*Enchiridion* de Giraud, p. 655 (36).

Il vint un moment où les *res mancipi* devinrent susceptibles d'être aliénées par un autre mode que la *nexi datio*, savoir par l'*in jure cessio*. Ce mode de translation de la propriété, qui ne fut d'ailleurs jamais spécial aux *res mancipi*, fut peut-être imaginé en considération de ces choses. L'action *auctoritatis*, en effet, née de la *nexi datio nummo uno* accomplie par un *non dominus*, pour être sans utilité pour l'*acci-*

(36) Cf. P. F. Girard, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, pp. 52 et suivantes.

piens, n'en avait sans doute pas moins de très sérieuses et pénibles conséquences pour le *nexi dans* non-propriétaire. Non que la condamnation, encourue en pareil cas, lui imposât un grand sacrifice pécuniaire, — elle ne portait, nous l'avons dit, que sur deux fois le *nummus unus*, — mais il est vraisemblable qu'elle entraînait l'infamie. Ce fut peut-être pour soustraire à toute espèce d'action *auctoritatis*, et par suite à l'infamie, celui qui, sans en être propriétaire, prétendait aliéner une *res mancipi*, que la pratique imagina l'*in jure cessio*.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'*in jure cessio* inventée, il devint possible de stipuler dation d'une *res mancipi*, sans indication d'aucun prix : il était en effet désormais possible de transférer la propriété d'une *res mancipi* par un acte n'exigeant le paiement d'aucune espèce de prix. Sans doute que celui qui usait d'une telle stipulation, assuré de n'avoir, à supposer le promettant non-propriétaire, aucune action *auctoritatis*, pas même cette action *auctoritatis* illusoire qui dérivait de la *nexi datio nummo uno*, avait soin de se faire consentir la même promesse *secundum mancipium*, qui était usitée dans le cas de stipulation de *nexi datio nummo uno*.

Dans quelque hypothèse qu'elle fût employée, la stipulation *secundum mancipium* n'était point, à proprement parler, une stipulation *de evictione*. Le droit de s'en prévaloir n'était pas subordonné à la réalisation d'une éviction : elle était invocable par le seul fait que le vendeur n'était pas propriétaire au moment de l'accomplissement de la *nexi datio* ou de l'*in jure cessio*, par laquelle l'acheteur avait cru acquérir la propriété. Peut-être l'acheteur avait-il le droit de l'invoquer, lorsque le vendeur, propriétaire d'une partie de la chose, ne lui avait transmis que la propriété de cette partie. Mais sans doute qu'elle n'était d'aucune utilité pour l'acheteur, dans le cas où la chose lui avait été acquise, mais était affectée d'un vice, ou d'une de ces imperfections moins graves parmi lesquelles il faut ranger les servitudes et autres charges réelles. A l'inverse, elle restait sans doute invocable dans le cas où le vendeur, non propriétaire lors de l'accomplissement de l'acte translatif de propriété consenti à l'acquéreur, prenait ses mesures pour que ce dernier ne fût pas évincé, et, par exemple, acquérait lui-même la propriété de la chose.

Cette stipulation ne semble pas avoir été en usage dans le cas de vente de *res nec mancipi*. Cette conjecture s'appuie sur ce que la *stipulatio duplæ*, qui, à un moment donné, remplaça la stipulation *secundum mancipium*, ne fut jamais employée qu'accidentellement en matière de vente de *res nec mancipi*. Il est probable que, dans le cas de vente de *res nec mancipi*, on usait, au lieu de la stipulation *secundum manci-*

pium, d'une stipulation par laquelle le vendeur s'engageait à *præstare habere licere* (37).

Cette stipulation est une stipulation *de evictione*, je veux dire qu'elle ne peut être invoquée par l'acheteur que s'il vient à subir une défaite judiciaire relativement à la chose. Du reste peu importe sur quel objet porte cette décision judiciaire. Qu'il soit judiciairement établi que la chose appartient, non à l'acheteur, mais à un tiers, et cela pour le tout ; que l'acheteur ne soit dépouillé que d'une partie de la chose, et la stipulation *præstare habere licere* pourra être invoquée. Elle pourra l'être également, s'il y a seulement éviction d'une servitude prédiale ou d'un usufruit ; même si l'acheteur ne succombe que sur un interdit (38). Du reste il faut que cette éviction, cette défaite judiciaire, soit telle que l'acheteur en soit empêché de *habere*, c'est-à-dire d'avoir la chose à sa disposition (39).

Au surplus, l'acheteur peut se prévaloir de la stipulation *præstare habere licere*, quand la cause de l'éviction est postérieure à la vente, aussi bien que lorsqu'elle est antérieure. Les textes en effet ne font au-

---

(37) Dans les formules de ventes, contenues dans le traité *de re rustica* de Varron, nous voyons apparaître la promesse de *præstare habere licere*, chaque fois, et alors seulement qu'il s'agit de *res nec mancipi*. Varron, *de re rustica*, II, 2, § 10 ; 3, § 5 ; 4, § 5.

(38) Loi 38, § 3, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1 : « *Si quis forte, non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure quod distractum est, palam est committi stipulationem : habere enim non licet ei cui aliquid minuitur ex jure quod habuit* ». — Ce texte me paraît décisif en faveur de la possibilité, pour l'acheteur dépouillé par un interdit possessoire, d'exercer l'action née de la stipulation *præstare habere licere*. On allèguerait en vain, en sens contraire, la loi 35, D., *de act. empti*, XIX, 1 : « *Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, ex empto habebit actionem. Licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis in rem actione pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere* ». La stipulation, en effet, dont il est question dans ce texte est une stipulation *de evictione servitutis*, qui évidemment n'est *commissa* que *si servitus evincatur*. On peut avec raison conclure de ce texte qu'une stipulation subordonnée à la condition : *si res evincatur*, ne pourrait être invoquée dans le cas où l'acheteur succomberait sur un interdit. On ne peut en conclure que la stipulation *præstare habere licere* n'est point invocable en ce cas, car cette stipulation n'est pas subordonnée à la réalisation de telle ou telle éviction : elle est invocable, quelle que soit la sentence judiciaire, pourvu, ainsi que nous allons le dire, que l'acheteur en soit empêché de *habere*.

(39) Sur le sens du mot *habere*, voy. l. 38, § 9, D., *de verb. oblig.*, XLV, 1 : « *Habere dupliciter accipitur : nam et eum habere dicimus qui rei dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet* ».

cune distinction (40). D'un autre côté, le vendeur peut se soustraire à l'éventualité d'être poursuivi en vertu de cette stipulation, en prenant ses mesures pour empêcher l'éviction de se produire.

Ce court exposé des effets et de la portée de la stipulation *præstare habere licere* suffit à montrer combien elle est supérieure à la stipulation *secundum mancipium*. Il est vrai qu'elle ne permet pas, comme cette dernière, à l'acheteur de réclamer le double du prix, qu'elle ne lui fait obtenir que la réparation du dommage subi par lui, mais, outre que cette limitation de la condamnation n'a rien que de très équitable, la stipulation *præstare habere licere* a sur la stipulation *secundum mancipium* au moins ces deux grands avantages : 1° d'être invocable dans le cas d'éviction d'une charge réelle, ou d'exercice d'un interdit ; 2° de ne point l'être, lorsque, l'éviction ne se produisant pas, l'acheteur ne subit aucun dommage.

La stipulation *secundum mancipium* fut d'ailleurs peu à peu remplacée par ce que les textes appellent la *stipulatio duplæ* (41). Par cette stipulation l'acheteur se faisait promettre le double du prix pour le cas où une sentence judiciaire, constatant qu'il n'avait pas été rendu propriétaire de la chose, aurait pour résultat de l'empêcher de *habere*, d'avoir la chose à sa disposition. C'est donc une stipulation *de evictione*, invocable lorsque l'acheteur, par l'effet de l'éviction, est empêché de *habere*. Elle ressemble ainsi beaucoup à la stipulation *præstare habere licere*. Mais elle en diffère par ce point essentiel, qu'elle n'est pas invocable à la suite d'une éviction quelconque, mais seulement à la suite d'une sentence judiciaire déclarant l'acheteur non propriétaire de la chose, et de la chose tout entière. Pour que l'acheteur puisse se prévaloir de la *stipulatio duplæ* lorsqu'il n'est évincé que d'une partie de la chose, il faut que la stipulation contienne une *adjectio partis*. De même, pour que l'acheteur ait le droit d'invoquer la *stipulatio duplæ* à la suite de l'éviction d'un usufruit, d'une servitude prédiale, ou en général d'une charge réelle, il faut que la stipulation prévoie expressément ces hypothèses (42).

Comme la stipulation *prestare habere licere*, la *stipulatio duplae* est invocable que la cause de l'éviction soit antérieure à la vente, ou

---

(40) Les lois 11, pr., D., *de evict.*, XXI, 2, et 1, Code, *de peric. et commod.*, IV, 48, qui semblent contraires, se réfèrent en réalité à la question des risques.

(41) La substitution ne s'opèra sans doute que par l'usage. Ce qui revient à dire qu'il fut un temps où l'on usait, à sa guise, de l'une ou de l'autre. A l'appui, voy. la Table de Bétique (Giraud, *Enchir.*, p. 655).

(42) Voy., plus haut, texte et notes 4, 5 et 6.

lui soit postérieure. Le vendeur d'ailleurs peut, en empêchant l'éviction, échapper au danger d'être obligé de payer le double du prix.

J'ajoute enfin que, comme la stipulation *secundum mancipium* qu'elle remplaçait, la *stipulatio duplæ* était sans doute usitée dans tous les cas où il y avait vente d'une *res mancipi*, sans qu'il fût spécifié qu'il y aurait *nexi datio* avec paiement *in ipso negotio* du véritable prix, soit que la vente contînt l'engagement de *nexi dare nummo uno*, soit qu'elle portât simplement sur la *datio*, auquel cas elle devait être exécutée par *in jure cessio*.

Il importe de remarquer que les deux stipulations *præstare habere licere* et *duplæ*, sinon au début, du moins depuis le moment où la promesse de délivrer, faite à côté de la promesse de *dare*, permet au juge de tenir compte de l'équité, font double emploi avec cette promesse de délivrer, en tant qu'elles donnent action à la suite d'une éviction née d'une cause postérieure à la vente. L'action née de la promesse de faire délivrance est, en effet, une action *incerti*. Le juge de cette action peut donc allouer au demandeur la réparation du dommage que lui a causé le fait du défendeur, son dol ou sa faute. C'est ainsi, par exemple, que l'action née de la promesse de faire délivrance permet à l'acheteur de se faire indemniser du dommage que lui cause une servitude constituée, depuis la vente, par le vendeur. On peut donc dire que les stipulations *de evictione* deviennent inutiles dans la mesure où elles s'appliquent à l'hypothèse d'une éviction née d'une cause postérieure à la vente.

La même promesse de faire délivrance, invocable, ainsi que nous l'avons vu, alors que l'acheteur est exposé à succomber sur un interdit possessoire, rend également inutiles les promesses *de evictione*, en tant qu'elles donnent action à la suite de l'exercice d'un tel interdit.

Les stipulations *de evictione*, une fois la promesse de délivrer devenue habituelle et sanctionnée par une action *incerti*, ne sont donc plus véritablement utiles qu'en tant qu'elles permettent à l'acheteur d'agir dans l'hypothèse d'une éviction fondée sur ce que le vendeur n'était pas propriétaire au moment de la vente, et dans celle d'une éviction fondée sur ce que la chose était, dès l'époque du contrat, grevée d'une servitude ou d'une autre charge réelle. Elles auraient même été sans utilité, en tant qu'invocables dans cette dernière hypothèse, si les Romains avaient considéré comme un vice l'existence d'une servitude ou en général d'une charge réelle. Il était en effet d'usage, et même il devint, à un moment donné, obligatoire, de promettre l'absence de vices. Cette promesse, si l'existence d'une charge réelle sur la chose vendue avait été regardée comme un vice, aurait constitué pour l'acheteur une sûreté suffisante. Elle aurait par conséquent rendu superflues les promesses *de evictione*,

en tant que celles-ci sont invocables dans le cas d'éviction d'une charge réelle. Mais nous avons déjà vu que les charges réelles n'étaient point considérées comme des vices (43). L'existence d'une telle charge n'autorisait donc pas l'acheteur à se prévaloir de la promesse de garantir des vices, faite par le vendeur. La seule ressource, en matière de servitudes et charges réelles grevant la chose, se trouvait dans les stipulations *de evictione*, lesquelles d'ailleurs ne lui permettaient point d'agir dès la révélation de ces servitudes ou charges, mais alors seulement qu'une décision judiciaire en avait constaté l'existence et avait eu pour résultat d'empêcher l'acheteur de *habere*. Il résulte de là, et ce point est très important, ainsi qu'on le verra plus loin, que les promesses *de evictione*, dont nous parlons, ne pouvaient être considérées comme uniquement destinées à assurer l'acheteur contre le risque d'avoir traité avec un non-propriétaire.

L'usage des stipulations *de evictione* (stipulation *præstare habere licere*, et stipulation *duplae*) se maintint à travers les modifications successives de la vente elle-même. Simple stipulation de *dare*, celle-ci bientôt ne se contracte plus qu'accompagnée d'une promesse spéciale de délivrer (44). Plus tard cette stipulation de *dare* est acccompagnée de la *clausula doli* (45). Puis survient l'abrogation des *legis actiones*, la vente devient un contrat consensuel (46), — et l'on fait toujours les stipulations *de evictione*.

Cependant, de même que la promesse de faire délivrance avait sans doute depuis longtemps été suppléée par le juge, lorsqu'elle n'avait pas été faite (47), — par application de l'idée qu'il est conforme à l'équité de considérer les parties comme ayant tacitement pris tous les engagements, qu'il est d'usage de faire, — il vint un temps où le juge estima qu'il était équitable, en l'absence de promesse *de evictione*, de regarder le vendeur comme ayant pris l'engagement d'en faire une (48), voire même comme l'ayant réellement faite (49).

---

(43) Voy. plus haut, note 9.

(44) Voy. le § précédent.

(45) Voy. Thèse rom., Chap. II, Article IV.

(46) Voy. Thèse rom., Chap. III, Article I, passim, et chap. IV, Article I.

(47) Voy. le § précédent.

(48) Voy. l. 1, D., *de rerum permut.*, XIX, 4; — l. 13, § 3, D., *de jurejur.*, XII, 2; — l. 13, § 17, D., *de act. empti*, XIX, 1; — l. 6, D., *de evict.*, XXI, 2; — l. 37, § 1, D., ibid.

(49) Paul, *Sent.*, II, 17, § 2.

La promesse *de evictione*, ainsi considérée comme tacitement faite, est, dans chaque cas particulier, celle même qu'il est d'usage de faire dans un tel cas : stipulation *duplæ* ou stipulation *præstare habere licere*. — C'est dire que, s'il était des cas où il ne fût pas d'usage de faire de stipulation *de evictione*, aucune promesse de ce genre ne devait, dans ces cas, être suppléée par le juge. Or sans doute qu'aucune stipulation *de evictione* n'était faite dans le cas où une *res mancipi* était vendue avec promesse de faire une *nexi datio* avec paiement, *in ipso negotio*, du prix réel. En pareil cas en effet naissait éventuellement une action *auctoritatis*, protégeant suffisamment l'acheteur (50). — En toute autre vente de *res mancipi*, la stipulation *duplæ* était considérée comme tacitement faite : soit que la vente contînt l'engagement exprès de *nexi dare nummo uno*, soit qu'elle ne contînt aucune clause spéciale, auquel cas, le vendeur étant censé avoir simplement promis de *dare*, la vente s'exécutait, comme par le passé, par l'*in jure cessio*, ou, grâce à une innovation récente (51), par la mancipation proprement dite, laquelle n'est pas autre chose qu'une *nexi datio*, dans laquelle il n'y a plus, à côté de l'*aes*, aucun prix en argent, et qui n'entraîne plus l'action *auctoritatis*. — Enfin, dans le cas de vente de *res nec mancipi*, c'est la stipulation *præstare habere licere* qui, dans le silence des parties, est censée avoir été conclue par elles.

Les promesses *de evictione*, ainsi suppléées par le juge, ont d'ailleurs la même étendue que si elles avaient été expressément faites. C'est dire que ces promesses ne peuvent être considérées comme ayant été tacitement faites, exclusivement en vue du cas où le vendeur aurait traité *de re aliena*, et pour ne garantir l'acheteur que contre le risque d'avoir contracté avec un non-propriétaire.

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, la circonstance que désormais quiconque vend, est censé, en même temps qu'il promet de *dare* et de faire délivrance, promettre de garantir de l'éviction, a pour conséquence nécessaire de permettre de dire que n'importe qui peut vendre. A ne considérer la vente que comme contenant la promesse de *dare*, le propriétaire seul peut vendre. Une fois admis que vendre, c'est promettre de *dare* et de faire délivrance, il se trouve que la vente produit effet, non-seulement quand le vendeur est propriétaire, mais encore quand, non-propriétaire, il est autorisé à délivrer la chose, car l'obligation de fournir la *vacua possessio* prend naissance. Enfin, une fois établi que

---

(50) Paul, *Sent.*, II, 17, § 1.

(51) Voy. Thèse rom., texte, après la note 21.

vendre, c'est promettre de *dare*, de livrer, et de garantir de l'éviction, il se trouve que la vente produit effet, quel que soit le vendeur : à défaut d'autres, une obligation au moins prendra naissance, celle de garantir de l'éviction (52).

§ 3. — Obligation de garantir des vices ou défauts cachés de la chose vendue.

L'obligation de garantir des vices ou défauts cachés de la chose vendue dérive, comme l'obligation de délivrer, comme celle de garantir de l'éviction, d'une promesse expresse, ou, si le contrat est muet, d'une promesse tacite faite par le vendeur à l'acheteur. Quiconque vend, c'est-à-dire promet de *dare*, moyennant un prix, est censé promettre de plus, non-seulement de livrer, et de garantir de l'éviction, mais encore de garantir des défauts cachés de la chose vendue.

La question est de savoir si cette promesse donne naissance à une obligation, alors que la promesse de *dare* est destituée d'efficacité, par le motif que celui qui la fait, n'est pas propriétaire de la chose qu'il vend.

Or il ne me paraît pas contestable que l'obligation de garantir des vices prenne naissance, alors que le vendeur, non-propriétaire, non obligé par conséquent par sa promesse de *dare*, se trouve néanmoins tenu de l'obligation de délivrer, ce qui, je le rappelle, arrive lorsque le vendeur a été autorisé par le propriétaire à délivrer la chose à titre définitif.

De même il n'y a aucun motif pour ne pas admettre la validité de la promesse de garantir des vices, lorsque l'obligation de garantir de l'éviction grève le vendeur.

Mais j'estime que la promesse de garantir des vices reste sans effet, lorsque le vendeur n'est ni tenu de l'obligation de *dare*, — parce qu'il n'est pas propriétaire, — ni de celle de délivrer, — parce qu'il n'a pas été autorisé par le propriétaire à faire cette délivrance ; — ni de celle de garantir de l'éviction, — parce que, par exemple, un pacte exprès l'a dispensé de faire cette promesse. En pareille hypothèse, en effet, hypothèse que l'on peut définir d'un mot en disant qu'il s'agit d'une vente sans garantie de l'éviction, à supposer que la chose n'ait aucun vice,

---

(52) Ainsi se trouvent expliqués les textes qui décident ou qui supposent que l'on peut valablement vendre la chose d'autrui, et notamment la loi 28, D., *de contr. empt.*, XVIII, 1.

l'acheteur ne peut rien obtenir du vendeur (53). Il serait contradictoire qu'il pût se plaindre de ce que la chose a un vice caché. J'en conclus que la promesse de garantir des vices est dépourvue d'effet, lorsque la vente ne donne naissance à aucune autre obligation.

PROPOSITION IV

Le vendeur qui, expressément ou tacitement, promet de garantir de l'éviction doit être considéré comme promettant de plus de procurer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, de faire en sorte ut res detur emptori.

Pour la justification de cette proposition, très importante, il faut remarquer que l'insertion expresse ou tacite, dans une vente, de la promesse de garantie de l'éviction prouve :

D'une part, étant donné que cette promesse ne peut avoir aucun effet que si le vendeur n'est pas propriétaire, que les parties ont admis, au moins comme possible, le défaut de propriété du vendeur ;

D'autre part, que l'acheteur a, du consentement du vendeur, entendu se précautionner contre les conséquences dommageables que pourrait avoir pour lui ce défaut de propriété du vendeur.

Si donc il se trouve que ce but commun des parties, qui font une vente avec clause de garantie de l'éviction, n'est point suffisamment atteint par la promesse de garantir de l'éviction, — si, d'un autre coté, il se trouve que ce but serait pleinement atteint, si le vendeur se trouvait grevé, à côté de l'obligation de garantir de l'éviction, de l'obligation de procurer à l'acheteur la propriété de la chose, de faire en sorte *ut res detur emptori*, — il est logique de conclure que les parties qui, dans une vente, insèrent une promesse de garantie de l'éviction, entendent implicitement faire naître, à côté de l'obligation de garantie de l'éviction, et à la charge du vendeur, l'obligation de faire en sorte *ut detur*.

Or il en est réellement ainsi. Je veux dire que, d'une part, l'obligation de garantir de l'éviction est impuissante à procurer à l'acheteur une sécurité pleine et entière, et que, d'autre part, cette sécurité lui serait assurée, si le vendeur était de plus tenu de l'obligation de faire en sorte *ut detur*. C'est ce que nous allons démontrer.

---

(53) Je veux dire qu'il ne peut rien obtenir en exécution d'obligations contractuelles du vendeur, puisque le contrat n'a produit aucune obligation. Mais il se peut que l'acheteur puisse réclamer quelque chose du vendeur, si celui-ci lui a, par dol ou faute, causé quelque dommage.

Dans une législation admettant, comme le droit romain, comme le droit français actuel, que la promesse de *dare* un corps certain émanant d'un non-propriétaire est sans effet, qu'en général il en est de même de la promesse de livrer la chose d'autrui, il est clair que celui qui entend acquérir une chose, ou au moins avoir certainement le droit, s'il ne peut l'obtenir en nature, d'en réclamer la valeur, ne peut se contenter de se faire consentir une promesse de *dare*, fût-elle accompagnée d'une promesse de délivrer.

Se contenter, en effet, de cette double promesse, de *dare* et de délivrer, c'est (en laissant de côté les hypothèses peu pratiques, dans lesquelles l'obligation de faire délivrance peut prendre naissance à la charge d'un non-propriétaire) manquer absolument son but, si par hasard le promettant n'est pas propriétaire. En pareil cas, le stipulant, l'acheteur n'est d'abord pas sûr d'obtenir la livraison de la chose, car, à l'action par laquelle il la réclamerait, le vendeur peut répondre victorieusement qu'il n'est tenu d'aucune obligation. Ensuite, à supposer même que la délivrance ait eu lieu, l'acheteur, venant à découvrir que le vendeur, non-propriétaire, ne lui a pas transmis la propriété de la chose vendue, ne peut lui réclamer quoi que ce soit, en vertu du contrat lui-même, car quelle obligation du vendeur invoquerait-il ? L'acheteur peut-il du moins se plaindre, si la chose vient à lui être enlevée par un tiers, s'il est évincé ? Pas davantage, car, par hypothèse, le vendeur n'a fait aucune promesse relativement à l'éviction ; il s'est borné à promettre de *dare* et de délivrer : or ces deux promesses n'ont donné naissance à aucune obligation. Tout ce que l'acheteur peut faire, qu'il y ait éviction ou non, qu'il ait obtenu la délivrance ou qu'elle lui ait été refusée, c'est de demander la réparation du dommage que lui cause le dol ou la faute du vendeur, si tel dol ou faute il y a, ou de lui réclamer la restitution de l'enrichissement qu'il lui aura procuré, en lui payant le prix, à supposer qu'il l'ait enrichi sans cause.

Il me paraît que, pour l'acheteur qui entend acquérir, en toute hypothèse, c'est-à-dire que le vendeur soit ou non propriétaire, le droit de ne se tenir pour satisfait que lorsque la propriété de la chose lui aura été transférée, ou lorsque, à défaut de cette translation de propriété, il aura obtenu une indemnité pécuniaire, précisément égale à l'intérêt qu'il a à devenir propriétaire, l'un des meilleurs moyens d'arriver à ses fins est de se faire consentir, à la fois, une promesse de *dare*, — destinée à produire ses effets dans le cas où le vendeur serait propriétaire, — et une promesse de faire en sorte *ut res detur emptori*, — destinée à produire ses effets dans le cas où le vendeur ne serait pas propriétaire. Grâce à cette double promesse, l'acheteur acquerra tout de suite, que

le vendeur soit propriétaire ou non, une action tendant à lui faire obtenir la propriété de la chose ; cette action, il pourra l'exercer indépendamment de toute mise en possession, et sans avoir à attendre d'être dépouillé de la chose ; il ne la perdra, abstraction faite de la prescription extinctive du droit d'agir, que si la chose perd son individualité, ou s'il en devient lui-même propriétaire.

Ce moyen, qui eût certainement pu être employé à Rome, quand même il eût fallu recourir pour cela aux formes de la stipulation, ne paraît pas y avoir été employé d'une manière usuelle. On se contentait de moyens différents, moins parfaits, que l'on améliora peu à peu.

Ces moyens ne sont autres que les stipulations *secundum mancipium*, *duplæ* et *præstare habere licere*, dont nous avons parlé précédemment.

En négligeant la première, qui disparut à un moment donné, nous savons que ces stipulations étaient invocables, alors même que le vendeur était propriétaire au moment de la vente, lorsque, malgré cela, se produisait une éviction rentrant dans les termes de la stipulation dont il s'agissait dans le cas particulier. Je laisse ces hypothèses de côté, pour ne parler que du cas où le vendeur n'était pas propriétaire lors de la vente.

Or, dans ce cas, la protection assurée à l'acheteur par la promesse, expresse ou tacite, *de evictione*, présentait des lacunes évidentes. Sans doute, si la chose venait à lui être enlevée par une éviction, il pouvait se prévaloir de cette promesse, et obtenir soit directement, soit indirectement sous la forme de restitution du double du prix, la réparation du dommage qu'il éprouvait. Mais pour que la chose pût lui être enlevée, pour qu'il pût être évincé et invoquer la promesse *de evictione*, il fallait que la chose lui eût été livrée. Or il n'avait aucun moyen d'exiger que cette livraison lui fût faite, car le vendeur, en dépit de ses promesses, n'était en réalité tenu ni de *dare*, ni de délivrer, et pouvait par conséquent lui opposer une résistance insurmontable. D'un autre côté, à supposer même que la livraison eût été faite, l'acheteur ne pouvait, de droit commun, rien réclamer au vendeur : il lui fallait attendre d'être évincé.

Il eût été facile de remédier aux inconvénients de ce système, en interprétant avec une certaine largeur la promesse de *dare* du vendeur, dans tous les cas où cette promesse était accompagnée d'une promesse expresse ou tacite *de evictione*. Etant donné en effet que la promesse *de evictione* était surtout utile alors que le vendeur n'était point propriétaire au moment de la vente, on aurait pu admettre d'abord que, lorsque l'on procédait à une telle promesse, on avait vraisemblablement surtout en vue de

protéger l'acheteur contre le dommage qu'il pourrait éprouver, si le vendeur n'était pas propriétaire, et ensuite que l'on voulait vraisemblablement faire naître, à la charge du vendeur, l'obligation la plus propre à procurer toute sécurité et pleine protection à l'acheteur, c'est-à-dire l'obligation même de faire en sorte *ut detur*.

Ce moyen, qui aurait en effet procuré à l'acheteur la protection la plus complète, n'eût pu sans doute être employé au début, alors que la vente se concluait par stipulations réciproques, où il n'était et ne pouvait être tenu compte que des *verba*, des paroles mêmes prononcées par les parties. Mais il eût pu être employé dès l'époque lointaine où ces stipulations furent accompagnées de la *clausula doli ;* et mieux encore, depuis le moment où la vente fut considérée comme obligatoire, indépendamment de toute solennité de paroles. Néanmoins il ne paraît pas que l'idée d'interpréter ainsi la promesse du vendeur se soit fait jour.

On pourrait croire le contraire sur le vu de certains textes, qui consacrent des décisions qu'il n'est pas possible de rattacher à une obligation *de evictione* quelconque, ces décisions ne pouvant d'ailleurs évidemment être rattachées ni à l'obligation de *dare*, ni à celle de délivrer, ni à celle de garantir des vices. C'est ainsi que, lorsque l'acheteur de la chose d'autrui acquiert, du véritable propriétaire, la propriété de la chose, il est autorisé à agir *ex empto* contre le vendeur (54). C'est ainsi encore que, si le vendeur vient à acquérir la chose, il ne peut la revendiquer contre l'acheteur, sans échouer devant une exception dite *rei venditæ et traditæ* (55).

Il ne peut être question d'expliquer l'action et l'exception, dont il est parlé dans ces textes, en les considérant comme dérivant de l'obligation de *dare* ou de celle de délivrer, puisqu'il s'agit précisément d'une vente de la chose d'autrui, d'une vente qui ne donne naissance ni à l'obligation de *dare*, ni, en général, à celle de délivrer. Il ne viendra, d'un autre côté, à personne l'idée de les rattacher à l'obligation de garantir des vices. Enfin ni l'action, ni l'exception ne trouvent leur fondement dans l'obligation *de evictione*.

Pour l'action, cela est évident. Il s'agit, je le rappelle, d'un acheteur de la chose d'autrui, qui plus tard devient propriétaire de cette chose.

---

(54) Voy. l. 13, § 15 ; l. 29, D., *de act. empti*, XIX, 1 ; — l. 9 ; l. 24 ; l. 41, § 1, D., *de evict.*, XXI, 2 ; — l. 84, § 5, D., *de leg.* 1° XXX ; — l. 19, D., *de oblig. et act*, XLIV, 7 ; — Paul, *Sent.*, II, 17, § 8.

(55) Voy. l. 1, pr., D., *de except. r. vend. et trad.*, XXI, 3.

Non-seulement il n'est pas évincé, mais désormais il ne peut plus l'être. Si donc il a action contre le vendeur, ce ne peut être en vertu de l'obligation de garantir de l'éviction, consentie par ce dernier, laquelle ne peut être invoquée que s'il y a éviction. Ce raisonnement est corroboré par quelques-uns des textes que nous avons cités : en accordant l'action *ex empto*, ils ont soin de dire que cette action ne se fonde pas sur la promesse *de evictione*, *quia non potest evinci* (l. 9 ; l. 41, § 1, D., *de evict.*).

L'exception *rei venditæ et traditæ*, accordée à l'acheteur de la chose d'autrui pour repousser la revendication du vendeur, devenu propriétaire, ne peut pas davantage être considérée comme une application, une suite nécessaire de l'obligation *de evictione* du vendeur. En thèse générale, en effet, une exception ne peut être accordée, en considération et sur le fondement d'une certaine obligation, qu'en tant que cette exception peut servir à assurer indirectement l'exécution de cette obligation. La légitimité de l'exception, accordée dans de telles circonstances, dérive de ce fait que, si on laissait l'action produire ses effets et aboutir à une condamnation, celui qui aurait subi et exécuté cette condamnation, aurait immédiatement le droit d'exiger de son adversaire que les choses fussent remises dans le même état que si la condamnation n'avait pas été prononcée. C'est ainsi que le créancier d'une somme de 100, auquel son débiteur réclame pareille somme, peut, sous forme d'exception, opposer l'obligation de son adversaire, car, si l'action n'était point paralysée, s'il était condamné à payer la somme d'argent qu'on lui réclame, il pourrait, aussitôt après l'avoir versée, demander qu'elle lui fût restituée. Cela posé, il est clair que l'exception *rei venditæ et traditæ* n'est pas une simple application de l'obligation *de evictione*, que cette dernière est impuissante à la justifier. Que l'on suppose en effet la revendication non paralysée par l'exception, l'acheteur aurait-il quelque droit de se faire mettre en possession ? Evidemment non. L'exception *rei venditæ et traditæ*, au moyen de laquelle il se fait maintenir en possession, n'assure donc pas indirectement l'exécution de l'obligation *de evictione*, par suite ne peut être considérée comme fondée sur cette obligation.

La même conclusion se dégage d'un autre argument également probant. Pour se prévaloir d'une obligation par voie d'exception, aussi bien que pour s'en prévaloir par voie d'action, il faut attendre que cette obligation soit échue. C'est ainsi que le créancier conditionnel d'une somme de 100, auquel pareille somme est réclamée par son débiteur, ne peut paralyser cette action, si la condition à laquelle est subordonnée sa créance n'est pas encore accomplie. Or l'obligation *de evictione* est au

fond véritablement conditionnelle, et son effet, subordonné à la réalisation de l'éviction. Prétendre que, dans le cas qui nous occupe, l'exception *rei venditæ et traditæ* se rattache à l'obligation *de evictione,* c'est aller contre tous les principes. Car, au moment où l'acheteur l'oppose, il n'est pas encore évincé, il ne peut par conséquent se prévaloir encore de l'obligation *de evictione.*

Enfin ce qui est décisif, c'est la décision de la loi 31, Code, *de evict.* VIII, 45, d'après laquelle l'héritier du fidéjusseur du vendeur avec garantie peut revendiquer la chose, s'il en est propriétaire, sans qu'il soit possible de lui opposer l'exception *rei venditæ et traditæ.* Car cet héritier est, comme son auteur, tenu de l'obligation *de evictione.* S'il peut revendiquer avec succès, c'est donc que l'obligation *de evictione* ne suffit pas à justifier l'exception *rei venditæ et traditæ*, qu'user de cette exception, ce n'est point se prévaloir, sous forme de défense, de l'obligation *de evictione.*

L'action que l'acheteur de la chose d'autrui peut exercer contre le vendeur, après avoir acquis la propriété de la chose, et l'exception que cet acheteur peut opposer à la revendication du vendeur devenu propriétaire, s'expliqueraient fort bien si le vendeur de la chose d'autrui était considéré comme tenu de l'obligation de faire en sorte *ut detur res emptori.*

Cette obligation rendrait d'abord compte de l'exception. Rien de plus logique que de voir échouer la revendication du vendeur tenu de faire en sorte *ut detur*, puisque, à supposer que son action pût lui faire recouvrer la chose, l'acheteur aurait immédiatement le droit de lui réclamer mieux que la délivrance, je veux dire la translation de la propriété de cette chose. — Quant à l'action ouverte à l'acheteur devenu propriétaire, il semble, au premier abord, qu'elle ne s'expliquerait pas aussi bien par l'obligation de faire en sorte *ut detur*. En effet, à supposer que le vendeur soit tenu de faire en sorte *ut detur*, une fois l'acheteur devenu propriétaire, il semble qu'il ne puisse plus se prévaloir utilement d'une obligation, qui, par le fait même que l'acheteur a acquis la propriété de la chose, est devenue inexécutable. Cette difficulté n'est qu'apparente. Elle serait très réelle, et véritablement l'acheteur devenu propriétaire ne pourrait plus invoquer l'obligation de faire en sorte *ut detur,* si l'impossibilité d'exécution avait, à Rome, pour effet d'éteindre réellement l'obligation, et par suite l'action qui en découle. Mais il n'en est rien. Une obligation devient-elle inexécutable en nature, l'action n'en demeure pas moins ouverte au créancier pour réclamer, non point l'exécution en nature, qui est par hypothèse impossible, mais l'exécution par équivalent pécuniaire. Il est vrai que, si l'impossibilité

d'exécution ne tient ni au fait, ni au dol ou à la faute du débiteur, celui-ci peut paralyser l'action au moyen d'une exception de dol. Mais il n'en reste pas moins vrai que l'action n'est pas éteinte (56). Appliquons ces principes à l'hypothèse qui nous occupe. L'acheteur devenu propriétaire pourra agir contre le vendeur en vertu de l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Il est vrai que cette obligation est devenue inexécutable. Aussi le vendeur pourra-t-il se défendre au moyen d'une exception de dol. Mais la prétention de l'acheteur, qui consiste à réclamer l'exécution, par équivalent pécuniaire, de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, est au fond très-légitime. Aussi pourra-t-il paralyser l'exception de dol du vendeur, au moyen de cette *replicatio doli*, qui est sous-entendue dans l'exception de dol. C'est-à-dire qu'en définitive son action, fondée sur l'obligation de faire en sorte *ut detur*, pourra aboutir à une condamnation.

Il est ainsi démontré que l'action et l'exception, dont les textes nous ont révélé l'existence, s'expliqueraient le mieux du monde, si le vendeur était tenu de l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Ne faut-il pas en conclure que cette obligation existe réellement à la charge du vendeur, non point peut-être à la charge d'un vendeur quelconque, mais au moins à celle du vendeur qui a fait une promesse expresse ou tacite *de evictione* ?

Cette conclusion doit être repoussée. Je n'en veux pour preuve que la loi 25, § 1, D., *de contrah. empt.*, XVIII, 1, qui déclare formellement et sans distinction que le vendeur n'est pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire : « *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit* (57) ».

On pourrait être tenté d'expliquer cette décision, en disant que l'obligation de faire en sorte *ut detur* n'eût pu résulter que d'un pacte, exprès ou tacite, joint à la promesse de *dare*, et que ce pacte, dans l'hypothèse d'une vente émanant d'un non-propriétaire, fût nécessairement resté sans effet, comme la promesse principale de *dare*, à laquelle il eût été ajouté. — A cela je réponds en rappelant l'histoire des stipulations *de evictione*. A un moment donné, on admet qu'elles peu-

---

(56) Pour la justification de cette manière de concevoir l'influence de la perte de la chose due, ou en général de la survenance de l'impossibilité d'exécuter en nature une obligation quelconque, voy. notre Thèse de droit romain, note 31, — Chap. II, art. IV, passim, — et chap. IV, art. II, nº I.

(57) *Adde* l. 30, § 1, D., *de act. empti*, XIX, 1 : « *venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, etc. ».

vent être réclamées, si elles n'ont pas eu lieu. Puis on tient la promesse *de evictione* pour faite, quoiqu'elle ne l'ait pas été. Il en est ainsi, alors même que la promesse de *dare* ne donne naissance à aucune obligation, comme portant sur la chose d'autrui. Voilà bien des pactes joints valables, quoique l'obligation principale soit sans effet. Les règles sur les pactes joints n'eussent donc point fait obstacle à la validité de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, si l'on eût admis que quiconque, en vendant, faisait une promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction, devait être considéré comme faisant en même temps une promesse de faire en sorte *ut detur*. La vérité, c'est que cette présomption ne fut pas établie par les jurisconsultes romains.

On s'expliquera que l'idée de l'établir ne se soit pas fait jour, si l'on remarque que, la promesse *de evictione* n'étant point destituée de tout effet alors que le vendeur était propriétaire, il eût été contraire aux règles d'une saine interprétation de l'intention des contractants, de conclure, de l'existence d'une telle promesse, que les parties avaient en vue, en la faisant, d'assurer l'acheteur contre le risque de traiter avec un non-propriétaire. La promesse *de evictione* pouvait raisonnablement être faite par un vendeur, et reçue par un acheteur, non pas seulement convaincus, mais absolument certains du droit de propriété du vendeur. La seule existence d'une telle promesse ne pouvait donc être considérée comme prouvant que les parties avaient envisagé comme possible le défaut de droit du vendeur, et voulu armer l'acheteur pour le cas où il aurait traité avec un non-propriétaire.

J'ajoute que sans doute le vendeur n'était point considéré comme ayant promis de faire en sorte *ut detur*, alors même qu'il était prouvé que les parties avaient envisagé comme possible le défaut de propriété du vendeur, ou même avaient sciemment et de propos délibéré traité sur la chose d'autrui. Point de distinction en effet dans le texte que nous avons cité : le vendeur n'est jamais tenu de procurer à l'acheteur la propriété de la chose vendue. Cela peut paraître extraordinaire. D'autant plus extraordinaire que, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (58), les textes prouvent que la stipulation de *dare* s'interprétait, au moins dans certains cas, comme s'il avait été promis de faire en sorte *ut detur*. Comment expliquer cette singularité ? Peut-être par l'influence du langage. Les mots *emptio, venditio, emere, vendere*, etc., étaient sans doute dès longtemps employés seuls, tant dans la pratique, que dans le langage juridique. Le vendeur ne s'engageait plus à *dare*,

---

(58) Voy. plus haut texte et notes 14, 15 et 16.

à délivrer, etc. : il déclarait vendre. Le mot vendre finit par ne plus représenter, pour ceux qui l'employaient, pour les jurisconsultes eux-mêmes, le sens primitif de : s'engager à *dare*, à délivrer, etc., mais un certain sens propre, déterminé par les effets traditionnellement attachés à la vente. De telle sorte que, lorsqu'on en vint à interpréter la promesse de *dare* comme contenant, ou pouvant contenir la promesse de faire en sorte *ut detur*, on ne vit pas que cette interprétation devait logiquement s'appliquer à la vente, à laquelle on continua de faire produire les seuls effets qu'elle produisait jusque-là.

Je donne cette explication pour ce qu'elle vaut ; dans tous les cas, il est certain que les Romains ne considérèrent jamais le vendeur, qui promettait garantie de l'éviction, comme promettant de plus de faire en sorte *ut detur*.

Cela posé, on me demandera peut-être quel est le fondement juridique des décisions, que nous avons relatées plus haut, relatives à une certaine action et à une certaine exception, qu'il n'est, on se le rappelle, possible de rattacher ni à l'obligation de *dare* ou de délivrer, ni à celle de garantir des vices, ni même à celle de garantir de l'éviction. — Je ne le saurais dire : il me paraît que les jurisconsultes romains ne se donnèrent pas la peine de déterminer ce fondement. Ils se contentèrent d'accorder soit l'action *empti*, soit une exception, dans des cas où il leur parut équitable de le faire, sans chercher à déterminer l'obligation ou les obligations que ces décisions supposaient à la charge du vendeur.

De là, dans la théorie romaine de la vente, un certain vague, qui apparaît à quiconque examine les textes d'un peu près ; de là notamment l'impossibilité de déterminer les applications de l'action *ex empto*, en partant des obligations du vendeur : cette action est accordée dans des cas, dans lesquels elle ne devrait point l'être, à s'en tenir aux obligations définies du vendeur.

Précisément parce que les textes contiennent ainsi un certain nombre de décisions, sans indiquer aucune obligation à laquelle elles puissent se rattacher, l'ancien droit français imagina de les considérer comme dérivant de l'obligation *de evictione*. L'idée qui le guida était excellente en théorie. Elle peut se formuler ainsi : pour qu'un contrat puisse produire un effet donné (action ou exception), il faut qu'il ait fait naître une obligation déterminée, capable de justifier cet effet. Cette idée, d'une justesse théorique incontestable, ne pouvait, en la matière, que donner des résultats faux, puisque précisément, dans le cas particulier, les jurisconsultes romains s'en étaient écartés. Que résulta-t-il, en effet, de la tentative de l'ancien droit ? Il en résulta une extension abusive et véritablement désastreuse, au point de vue juridique, du mot éviction.

Puisque la promesse de garantir de l'éviction était, par hypothèse, invocable dans des cas où il n'y avait pas éviction, au sens propre du mot, on se vit dans la nécessité de mettre ce sens de côté, d'attacher au mot éviction un autre sens plus large, capable de rendre compte des décisions dans lesquelles on voulait à tout prix voir des applications de la promesse de garantir de l'éviction (59). Ce sens nouveau ne fut d'ailleurs jamais nettement déterminé. Nulle part on ne formule nettement l'objet propre de la promesse *de evictione* au sens nouveau du mot. On procède par énumération limitative : il y a éviction dans tel cas, dans tel autre (60). Cette énumération est limitée aux cas où les textes de droit romain accordent action à l'acheteur. Elle se trouve donc déterminée par une circonstance extrinsèque, toute de fait ; non, comme il le faudrait, par une nécessité logique, par des motifs de fond.

On peut dire que, grâce à cette grave méprise des jurisconsultes de l'ancien droit, la théorie de la garantie de l'éviction se trouva, à cette époque, abandonnée à l'arbitraire le plus absolu. Plus de principes, rien que des décisions d'espèces, exposées dans un langage qui a perdu toute fixité. Si l'on dit que le vendeur est tenu de garantir de l'éviction, cette formule n'a plus aucune portée. Elle devrait signifier que cette obligation du vendeur n'est invocable que lorsqu'il y a éviction. Or il n'en est rien : l'acheteur peut s'en prévaloir même alors qu'il n'y a pas éviction (61). La confusion fut encore augmentée par cette circonstance,

---

(59) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 85 : « Quoique le terme d'éviction ne convienne proprement qu'au cas auquel l'acheteur est privé, en vertu d'une sentenee, de la chose qui lui a été vendue, néanmoins on comprend aussi, quoique dans un sens moins propre, sous ce terme, les cas auxquels l'acheteur est empêché, quoique sans sentence, de pouvoir retenir la chose en vertu de la vente qui lui en a été faite, et ces cas peuvent aussi donner lieu à la garantie, comme nous le verrons dans l'article suivant. »

(60) Telle est la manière de procéder de Pothier. Voy. notamment n^{os} 95 et 96.

(61) Comparez les décisions données par Pothier, au n° 95, dans les maximes III et IV, avec la définition qu'il a lui-même donnée de l'éviction au n° 82.

N° 95, III^{e} maxime : « Le délais de la chose vendue, que l'acheteur fait, quoique sans sentence, à un tiers qui, dès le temps du contrat de vente, en était le propriétaire, ou qui avait dès ce temps un droit informe de se la faire délaisser, donne lieu à la garantie... etc. »

IV^{e} maxime : « C'est une espèce d'éviction, qui donne lieu à la garantie, lorsque, depuis la vente que vous m'avez faite d'une chose, je succède à cette chose, soit à titre universel, soit à titre singulier, même à titre lucratif, à un tiers qui en était le vrai propriétaire. »

N° 82 : « Evincer, proprement, est ôter quelque chose à quelqu'un en vertu de

que le droit ancien se figura être le fidèle interprète du droit romain en admettant que la vente ne contient pas la promesse de *dare*, cela sur le vu de certains textes qui n'ont point ce sens. De là, sur l'objet propre de l'engagement du vendeur, des définitions obscures, et inintelligibles (62); de là, des incohérences de doctrine vraiment insupportables (63).

Fort heureusement, quoique les rédacteurs du Code se soient manifestement inspirés de Pothier, dans la rédaction du titre de la vente, rien ne force à admettre qu'ils aient entendu reproduire la théorie si défectueuse de l'ancien droit sur la garantie.

Je sais bien que l'article 1625 déclare que le vendeur doit garantir à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue. Or, au premier

---

sentence : *evincere est aliquid vincendo auferre.* Eviction est le délais qu'on oblige quelqu'un de faire d'une chose, en vertu d'une sentence qui l'y condamne, etc. »

(62) C'est ainsi que Pothier essaie en vain de formuler clairement l'objet propre de la promesse du vendeur : « Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le vendeur, s'oblige envers l'autre de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, une chose, pour le prix d'une certaine somme d'argent, que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer » (*Contrat de vente*, n° 1). Et les explications qu'il ajoute ne font qu'augmenter l'obscurité. Cf. la note suivante.

(63) C'est ainsi que le vendeur, qui ne s'engage pas à *dare*, ne peut cependant, s'il est propriétaire, refuser de transférer la propriété de la chose ! « J'ai dit de lui faire avoir à titre de propriétaire. Ces termes, qui répondent à ceux-ci, *præstare emptori rem habere licere*, renferment l'obligation de livrer la chose à l'acheteur, et celle de le défendre, après qu'elle lui a été livrée, de tous troubles par lesquels on l'empêcherait de posséder la chose, et de s'en porter pour le propriétaire ; *mais ils ne renferment pas l'obligation précise de lui en transférer la propriété* : car un vendeur, qui vend une chose dont il croit de bonne foi être le propriétaire, quoiqu'il ne le soit pas, *ne s'oblige pas précisément à en transférer la propriété : Hactenus tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (l. 30, § 1, *de act. empti*). C'est pourquoi, quand même l'acheteur découvrirait que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose qu'il lui a vendue, et conséquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, cet acheteur, tant qu'il ne sera pas inquiété dans sa possession, ne pourra pas pour cela prétendre que le vendeur n'a pas rempli son obligation.

« Il est bien de l'essence du contrat de vente que le vendeur ne veuille pas retenir le droit de propriété de la chose qu'il vend, lorsqu'il en est propriétaire, *et qu'il soit tenu en ce cas de la transférer à l'acheteur : Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (l. 80, § fin., D., *de contr. empt.*). Mais lorsque le vendeur n'est pas le propriétaire, et qu'il croit de bonne foi l'être, il ne s'oblige, comme nous l'avons dit, qu'à défendre l'acheteur contre tous ceux qui voudraient lui faire délaisser la chose, et l'empêcher de s'en porter pour le propriétaire. »

abord, cette expression semble indiquer que le vendeur est soumis aux mêmes obligations vagues que Pothier lui imposait. Mais cette expression ne doit pas être considérée isolément. Remarquant que l'article 1625, qui, à côté de l'obligation de garantir la possession paisible de la chose vendue, parle aussi de l'obligation de garantir des défauts cachés de la chose, est immédiatement suivi de deux paragraphes, dont le second est manifestement consacré à l'exposé détaillé de la signification et des effets de l'obligation de garantir des défauts cachés de la chose vendue, il est logique de chercher, dans le premier, la paraphrase et le sens exact de l'expression : garantie de la possession paisible.

Or que comprend ce premier paragraphe ?

Mettons à part l'art. 1628 et l'art. 1638. Ces deux articles sont étrangers à la matière de la garantie de la possession paisible ; les décisions qu'ils contiennent seraient vraies et devraient être appliquées indépendamment de toute obligation de garantir la possession paisible. Le premier, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment, ne décide rien, que la saine application des principes généraux n'eût pu tirer de la promesse principale du vendeur, qui est de *dare*, ou même de la promesse accessoire de délivrer. Le second n'est qu'un cas particulier de garantie des défauts cachés ou vices de la chose vendue (64).

Ces deux articles écartés, écartons aussi l'art. 1639, qui est un simple renvoi. Cela fait, les autres articles de notre paragraphe parlent tous d'éviction, de garantie de l'éviction. Qu'en conclure, sinon que l'obligation de garantir la possession paisible, n'est pas autre chose qu'une obligation de garantir de l'éviction ? Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par la rubrique même de notre paragraphe. Ce paragraphe, en effet, qui, ainsi que nous l'avons montré, et de l'aveu de tout le monde, est consacré à la garantie de la possession paisible, est intitulé « de la garantie en cas d'éviction ». On ne pouvait pas mieux dire que ces deux garanties ne sont qu'une seule et même chose.

Cela posé, faisons un pas de plus. Le vendeur moderne, à côté de la garantie des défauts de la chose vendue, ne doit que la garantie de l'éviction. Quelle est l'étendue de cette obligation ? en d'autres termes, qu'est-ce que l'éviction ? Faut-il prendre ce mot dans son sens propre, décider en conséquence que l'obligation de garantir de l'éviction ne sera invocable que dans le cas de décision judiciaire ayant pour effet de dépouiller l'acheteur ? ou bien faut-il, à l'instar de l'ancien droit, admettre que ce mot n'a aucun sens précis ?

---

(64) Voy. notre introduction.

Poser la question, c'est la résoudre. L'ancien droit travaillait sur des décisions toutes faites, celles qui lui avaient été transmises par le droit romain. En enlevant au mot éviction toute signification précise, il ne se privait donc pas de tout guide. Sans doute il ne pouvait plus déterminer les cas d'application de l'action *empti* en partant de l'obligation de garantir de l'éviction, en procédant par voie de déduction. Mais ces cas d'application, il les trouvait dans les textes de droit romain, qu'il était bien décidé à respecter. Nous ne nous trouvons plus dans les mêmes conditions. Ni les décisions de l'ancien droit, ni celles du droit romain n'ont plus aucune force législative. Notre seul guide, notre seule règle est le Code lui-même. Dépouillez le mot éviction de toute signification précise, et l'on pourra légitimement faire produire à l'obligation de garantir de l'éviction, tous les effets que l'on voudra.

Il est donc indispensable de prendre le mot éviction dans son sens propre et technique. Lisez d'ailleurs les articles de notre paragraphe, j'entends ceux qui ont trait à la garantie de l'éviction, en laissant de côté les art. 1628, 1638 et 1639. Lisez-les sans idée préconçue, et vous serez convaincu que, pour le Code, l'éviction n'est pas autre chose que la défaite judiciaire de l'acheteur, en d'autres termes, que l'obligation de garantir de l'éviction n'est invocable que dans le cas de défaite judiciaire de l'acheteur.

Il est facile de constater que cette théorie, à côté de l'avantage d'être simple et logique, aurait le grave inconvénient, si elle devait se limiter à ce que nous venons de dire, de ne procurer à l'acheteur de la chose d'autrui qu'une protection insuffisante. En effet, en n'admettant, à la charge du vendeur de la chose d'autrui, que l'obligation de garantir de l'éviction (je laisse de côté l'obligation de garantir des défauts), on voit que l'acheteur de la chose d'autrui n'a d'abord aucun moyen de se faire mettre en possession de la chose. Sans doute cet acheteur peut demander qu'il soit fait un acte translatif de propriété, et que la chose lui soit délivrée, en s'appuyant sur la promesse de *dare* et sur celle de délivrer. Mais le vendeur n'a qu'à prouver qu'il n'était pas propriétaire lors de la vente, pour montrer que l'acheteur se fonde sur des obligations qui n'existent pas, et le faire échouer. L'obligation de garantir de l'éviction n'est d'aucun secours en pareille circonstance, car il est clair que, pour pouvoir se dire évincé, il faut avoir eu la chose en son pouvoir d'une manière quelconque. Cette obligation ne peut servir à quelque chose, que s'il y a eu, de la part du vendeur, soit une délivrance matérielle de la chose, soit au moins un acte soi-disant translatif de propriété. Ce qui ne veut pas dire que cette délivrance faite, ou cet acte accompli, l'acheteur pourra tout de suite agir en garantie. Il lui faudra

attendre d'être évincé, car ce que le vendeur a promis, ce qu'il doit, c'est de garantir de l'éviction : sans éviction, point d'action.

On voit dans quelle fâcheuse situation se trouverait l'acheteur de la chose d'autrui, s'il fallait, s'en tenant à la lettre même du Code, n'admettre à la charge du vendeur de la chose d'autrui que l'obligation de garantir de l'éviction. Nous n'avons même pas signalé tous les inconvénients qui résulteraient de cette interprétation littérale: nous n'aurions pu le faire qu'en entrant dans des détails trop minutieux. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de les signaler plus loin.

Heureusement que l'on n'est point forcé de s'en tenir à cette interprétation littérale, qu'à côté de l'obligation de garantir de l'éviction, il est possible d'admettre, à la charge du vendeur de la chose d'autrui, une autre obligation qui aura pour effet de procurer à l'acheteur une protection aussi complète que possible. Plus exactement, il faut dire que l'existence même de la promesse de garantir de l'éviction oblige d'admettre une autre promesse, tacitement faite par le vendeur, la promesse de faire en sorte *ut res detur emptori*. Nous avons indiqué, au début de la présente partie de notre travail, qu'une telle promesse devrait nécessairement être admise, s'il était prouvé, d'une part, que la promesse de garantir de l'éviction, qui nécessairement, dans notre droit, dénote l'intention commune des parties de protéger l'acheteur dans le cas où le vendeur ne serait pas propriétaire, est insuffisante à lui procurer une protection efficace, — et, d'autre part, que la promesse de faire en sorte *ut detur* est propre à la lui assurer.

Au point où nous sommes arrivés, cette conclusion hypothétique peut être remplacée par une conclusion ferme. Nous venons en effet de démontrer que l'obligation de garantir de l'éviction est insuffisante à procurer à l'acheteur une protection efficace. Nous avons montré plus haut que reconnaître, à la charge du vendeur, l'obligation de faire en sorte *ut detur* est un moyen très parfait de la lui procurer. Or, étant donné que le fait même d'admettre expressément, ou de ne pas exclure l'engagement de garantir de l'éviction, prouve l'intention commune des parties de défendre l'acheteur des conséquences fâcheuses que pourrait avoir pour lui le défaut de propriété du vendeur, il est logique de faire produire à cette intention ses pleins effets. Nous conclurons donc que la promesse, expresse ou tacite, de garantir de l'éviction doit être considérée comme accompagnée de la promesse de faire en sorte *ut res detur emptori* (65).

---

(65) Il y a d'ailleurs, dans le Code lui-même, une preuve indirecte que l'obligation de faire en sorte *ut detur* est assumée tacitement par le vendeur qui s'engage à garantir de l'éviction. Je ne puis développer ici cet argument. Je le ferai plus loin.

PROPOSITION V

La vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction contenant, à côté de cette promesse, l'engagement du vendeur de faire en sorte ut detur, *il y a lieu de considérer le vendeur avec garantie de la chose d'autrui, comme s'engageant à* dare *sous la condition :* si res sua erit, *cet engagement sous condition étant d'ailleurs entendu à la manière romaine.*

Cette proposition, qui peut paraître obscure, est cependant d'une grande simplicité, et peut être justifiée en quelques mots. Si j'en fais l'objet d'explications spéciales, c'est à cause de sa haute portée pratique, et pour la mettre mieux en lumière.

Nous avons démontré, il n'y a qu'un instant, que le vendeur, en promettant de garantir de l'éviction, promet en même temps de faire en sorte *ut detur*. Nous savons que l'engagement de garantir de l'éviction est sans utilité et sans effet, lorsque le vendeur est, au moment de la vente, propriétaire de la chose qu'il vend. Il faut en dire autant de la promesse de faire en sorte *ut detur*. Une telle promesse émanant du propriétaire même de la chose dont il s'agit, se résout en une promesse de *dare*. Mais précisément, dans le cas de vente, le seul qui nous occupe, le vendeur a pris d'une manière expresse l'engagement de *dare*. La promesse de faire en sorte *ut detur*, en tant que distincte de la promesse de *dare*, est donc sans effet et sans portée, lorsque l'auteur de ces deux promesses, le vendeur, est propriétaire de la chose vendue.

La promesse de faire en sorte *ut detur*, contenue dans la vente, n'a d'utilité et ne donne naissance à une obligation, que lorsque la vente émane d'un *non dominus*. Quel est l'objet de cette obligation ? A quoi est exactement tenu le vendeur qui en est grevé ? La réponse est tout indiquée. Le vendeur est tenu de faire acquérir à l'acheteur la propriété de la chose. Peu importe comment il s'y prendra pour cela. Ce qu'il faut retenir, c'est que son obligation ne pourra être considérée comme exécutée, que lorsque l'acheteur sera devenu propriétaire. Jusque-là, en laissant de côté les autres faits qui peuvent éteindre son obligation, il reste tenu. Peu importe que la chose continue d'appartenir à un tiers, ou qu'il en acquière la propriété : dans l'un et l'autre cas, tant que l'acheteur n'est pas devenu propriétaire, on peut dire que le vendeur reste tenu de l'obligation de faire en sorte *ut detur*.

Cependant, si le vendeur est devenu propriétaire de la chose, il se trouve que, pour exécuter cette obligation, il n'a plus qu'à accomplir lui-même la dation. On peut donc dire que, du moment où il acquiert

la propriété, le vendeur, tenu de faire en sorte *ut detur*, se trouve tenu de *dare*. Antérieurement à cette acquisition, et dès le moment où, prenant l'engagement de garantir de l'éviction, il promet de faire en sorte *ut detur*, on peut donc dire, du vendeur avec garantie de la chose d'autrui, qu'il sera tenu de *dare, si res sua erit*. Cette obligation éventuelle dérivant, ainsi que nous venons de le montrer, de la promesse même qu'il fait de garantir de l'éviction, on peut dire qu'il promet de *dare* sous la condition : *si res sua erit*.

Cette suite d'idées me paraît d'une logique absolue. Elle aboutit cependant à une formule que l'on pourra critiquer, étant donné la théorie moderne de l'obligation contractée sous condition suspensive. De nos jours, en effet, contracter une obligation sous condition suspensive, c'est consentir à être tenu dès maintenant, ou à ne pas être tenu du tout, selon que la condition se réalisera ou ne se réalisera pas, tout devant d'ailleurs provisoirement, du moins en général, être réglé comme s'il était certain qu'elle ne se réalisera pas. C'est là ce que l'on veut exprimer, en disant que la condition a effet rétroactif. Or il est évident qu'un non-propriétaire ne peut s'engager à *dare* sous une condition douée d'un tel effet rétroactif, fût-ce sous la condition : *si res sua erit*. Que la condition s'accomplisse, en effet, et il devrait être considéré comme ayant, dès le moment du contrat, été tenu de *dare*. Mais, au moment du contrat, il n'était, par hypothèse, pas propriétaire. Par conséquent, l'obligation de *dare*, qui ne peut exister qu'à la charge du propriétaire même, ne peut être considérée comme ayant existé, dès le moment du contrat, à la charge d'un promettant, *non dominus* à ce moment. Dès lors n'est-il pas absurde de considérer le vendeur avec garantie de la chose d'autrui, comme promettant de *dare* cette chose, sous la condition : *si res sua erit ?*

L'objection disparaît si l'on veut bien examiner en quel sens nous avons dit que le vendeur avec garantie peut être considéré comme prenant un tel engagement. Nous avons eu soin de faire remarquer que, si le vendeur avec garantie de la chose d'autrui peut, à un certain moment, être tenu de *dare*, ce n'est que depuis le moment où il sera devenu propriétaire de la chose. En ajoutant que, à raison de la circonstance que cette obligation dérive de la promesse qu'il a faite de garantir de l'éviction, on peut le considérer comme s'engageant à *dare* sous condition, nous entendons cet engagement conditionnel comme tendant à faire naître l'obligation de *dare* au moment seulement où il acquerra la propriété, en d'autres termes, nous regardons la condition comme dépourvue ici d'effet rétroactif. C'est ce sens, et ce sens seulement, que nous avons en vue, en disant que le vendeur avec garantie de la chose

d'autrui doit être regardé comme promettant de *dare* sous la condition : *si res sua erit*. Or, en ce sens, il est clair que l'engagement du vendeur ne présente aucune impossibilité, aucune absurdité. C'est ainsi qu'à Rome, où l'obligation sous condition suspensive était considérée comme ne prenant naissance qu'au moment de l'arrivée de la condition (66), il était possible à un non-propriétaire de promettre de *dare* sous la condition : *si res sua erit* (67).

On pourrait être tenté de m'objecter que, le Code ayant établi l'effet rétroactif de la condition suspensive, c'est en violer les dispositions que d'admettre, fût-ce par exception, une condition dépourvue de cet effet. — A cela, je réponds que, pour moi, les règles du Code sur l'effet rétroactif sont purement interprétatives de la volonté des parties, car je ne vois absolument pas pour quel motif on refuserait de respecter leur intention, en tant qu'elles auraient décidé que telle obligation ne prendrait naissance qu'à l'arrivée de la condition. J'ajoute que, en fût-il autrement, et les dispositions du Code sur l'effet rétroactif fussent-elles exclusives de toute convention contraire, il n'en faudrait pas moins, dans le cas particulier qui nous occupe, s'incliner devant la force même des choses, car, encore une fois, on ne peut nier que le vendeur, tenu de faire en sorte *ut detur*, se trouve, une fois propriétaire, tenu de *dare*, ni que cette obligation éventuelle dérive de son propre engagement, circonstances dont la réunion autorise à dire, en dépit de tous les textes imaginables, que s'engager à faire en sorte *ut detur*, c'est s'engager à *dare* sous la condition : *si res sua erit*, cette condition étant d'ailleurs dépourvue d'effet rétroactif.

PROPOSITION VI.

La vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction, contenant la promesse de dare : si res venditoris erit, *il n'y a cependant pas lieu de considérer le vendeur avec garantie de la chose d'autrui comme ayant, du même coup, consenti à la translation de propriété de la chose sous la même condition :* si res sua erit, — *sauf clause contraire.*

Nous avons essayé plus haut de démontrer que, de nos jours, comme dans les législations précédentes, il faut distinguer entre la naissance

---

(66) C'est ce que prouve la règle que, si la chose promise a péri en entier *pendente conditione*, l'obligation ne se forme pas faute d'objet. Voy. l. 8, D., *de peric. et comm.*, XVIII, 6, — l. 14, pr., D., *de novationibus*, XLVI, 2.

(67) Argument de la loi 16, § 7, D., *de pignor. et hyp.*, XX, 1.

et l'exécution de l'obligation de *dare* un corps certain. A la vérité, le consentement étant souverain, et pouvant, au gré des consentants, opérer translation de propriété aussi bien que donner naissance à des obligations, on peut dire, en un certain sens, que la naissance et l'exécution de l'obligation de *dare* procèdent d'une même cause, d'un même fait, le consentement. Mais, outre que, même en ce sens, ce principe n'est pas absolu, puisque la translation de propriété des immeubles ne s'opère en réalité que par la transcription, il faut faire attention que, même lorsqu'il s'agit de meubles, c'est-à-dire de choses dont, en général, la propriété peut être transférée par le consentement seul, encore faut-il, pour que cette translation s'opère, que le consentement ait eu pour but de la réaliser. On peut parfaitement concevoir que deux personnes, s'entendant pour faire naître, à la charge de l'une, au profit de l'autre, l'obligation de *dare* une certaine chose, ne consentent pas à la translation immédiate de la propriété, soit qu'elles se trouvent d'accord pour ne pas l'admettre, soit que l'une seulement s'y refuse. Cela seul, qui est admis par tout le monde, prouve suffisamment que, lorsque deux personnes consentent à la fois à la naissance de l'obligation et à la translation de propriété, il y a en réalité deux consentements distincts, et, si la chose est telle que le consentement suffise à en transférer la propriété, deux actes juridiques distincts, un acte générateur d'obligation, et un acte translatif de propriété.

Ces notions rappelées, il faut remarquer qu'en général, le premier consentement fait présumer l'existence du second, je veux dire que, lorsqu'il est prouvé que deux personnes se sont entendues pour faire naître l'obligation de *dare* un corps certain, on présume qu'elles ont immédiatement consenti à la translation de propriété de ce corps certain. La raison d'être de cette présomption, dont la réalité est attestée par l'article 1583, est qu'il n'y a, dans le silence des parties, aucun motif de croire qu'elles ont entendu se refuser à l'exécution immédiate d'une obligation, à la naissance de laquelle elles viennent de consentir, exécution que chacune des parties peut immédiatement réclamer de l'autre.

Le motif même de la présomption, dont je parle, prouve qu'elle ne s'applique que lorsque l'obligation est pure et simple. Ce n'est en effet qu'en matière d'obligation pure et simple, que les parties sont en droit d'exiger une exécution immédiate.

Dans le cas d'obligation à terme, aucune exécution immédiate ne peut être exigée. Cela veut dire d'abord que qui, ayant promis à terme de *dare*, viendrait à *dare* tout de suite purement et simplement, ferait plus que ce dont il est tenu. Il est tenu, ou mieux sera tenu de *dare*

purement et simplement, à l'arrivée du terme. Pour le moment, il ne doit rien.

Il ne doit même pas dès maintenant *dare* à terme. Il faut, en effet, distinguer soigneusement entre l'*obligation à terme de dare purement et simplement*, et *l'obligation pure et simple de dare à terme*. Les deux obligations n'ont qu'une fausse ressemblance. Elles diffèrent profondément, non-seulement au point de vue théorique, mais au point de vue très pratique des risques, lesquels sont, dans le premier cas, pour le débiteur, et dans le second, pour le créancier (68).

Tout ce que nous venons de dire s'applique à l'obligation de *dare*, contractée sous une condition romaine, c'est-à-dire destinée à ne prendre naissance qu'à l'arrivée de la condition. Le débiteur n'est, *pendente conditione*, ni tenu de *dare* purement et simplement, ni tenu de *dare* sous condition.

Il en est de même, lorsqu'au lieu d'une condition romaine, il s'agit d'une condition avec effet rétroactif, au sens moderne de ce mot. S'engager sous une telle condition à *dare*, c'est dire : je m'engage, je consens à être obligé dès maintenant, ou pas du tout, selon que tel événement arrivera ou n'arrivera pas, à transférer purement et simplement la propriété. Cette opération n'a qu'une fausse analogie avec la suivante, qui est proprement une promesse pure et simple de *dare* sous condition : je m'engage purement et simplement à faire tout de suite un acte translatif tel, que la propriété soit transférée immédiatement ou pas du tout, selon que tel événement arrivera ou n'arrivera pas. Ces deux opérations ne sont pas soumises aux mêmes règles en matière de risques (69). Elles diffèrent encore à un autre point de vue, qui, pour le moment, nous intéresse davantage. La seconde permet de réclamer immédiatement l'exécution d'un acte translatif conditionnel. La première, au contraire, n'autorise à demander immédiatement, ni l'exécution d'une dation pure et simple (70), ni l'exécution d'une dation sous condition.

D'une manière générale, on voit que qui promet à terme ou sous

---

(68) Je ne peux pas insister sur cette question des risques. Ce que j'avance ici sera démontré plus loin.

(69) Voy. la note précédente.

(70) Il en est ainsi quoique le débiteur soit dès maintenant tenu de l'obligation de *dare* purement et simplement, si la condition est destinée à s'accomplir réellement, parce que, dans ces conditions, quoique l'obligation existe, le créancier ne peut en prouver l'existence.

condition n'est point tenu d'exécuter tout de suite, voire de procéder à un acte d'exécution affecté d'un terme ou d'une condition.

Dès lors, on ne peut présumer une telle exécution.

Donc, dans le cas qui nous occupe, le vendeur avec garantie de la chose d'autrui ne peut, en s'engageant sous la condition romaine : *si res sua erit*, à *dare* la chose qu'il vend, être considéré comme consentant un acte translatif de propriété affecté de la même condition.

Bien entendu, il pourrait, par un pacte exprès, promettre de procéder à un tel acte translatif. C'est à cette faculté que font allusion les derniers mots de notre proposition.

PROPOSITION VII

L'acheteur de la chose d'autrui est, en toute hypothèse, tenu de l'obligation de payer le prix ?

Il n'y a pas vente par cela seul qu'une personne s'est engagée à transférer la propriété d'une chose à une autre personne ; il faut encore que celle-ci ait promis, en retour, de payer une certaine somme d'argent, un prix. Nous avons vu quelle influence a, sur la validité de la promesse de *dare* et des autres promesses faites par le vendeur, la circonstance que la chose ne lui appartient pas. Cette même circonstance a-t-elle quelque influence sur la validité de la promesse de l'acheteur de payer le prix ? En d'autres termes, le fait que le vendeur a promis de *dare* une chose qui ne lui appartient pas, a-t-il pour conséquence d'empêcher la naissance, à la charge de l'acheteur, de l'obligation de payer le prix ?

Il faut sans hésiter répondre négativement : l'acheteur de la chose d'autrui est, en toute hypothèse, tenu de l'obligation de payer le prix.

Que l'on entende bien la portée de cette affirmation. Je ne prétends pas que l'acheteur se trouvera, en toute hypothèse, dans la nécessité de verser au vendeur le prix qu'il lui a promis. Nous verrons, dans la seconde partie de ce travail, consacré aux effets de la vente de la chose d'autrui, qu'il faut, sous ce rapport, entrer dans certaines distinctions, qu'il serait inutile d'exposer dès maintenant. J'accorde donc que, dans certains cas, l'acheteur de la chose d'autrui pourra se dispenser de compter son prix. Tout ce que je prétends, pour le moment, c'est que, même dans ces cas, il devra être considéré comme grevé de l'obligation de payer le prix.

Mais, me dira-t-on, c'est là une contradiction. Si l'acheteur est tenu de l'obligation de payer le prix, comment pourra-t-il, dans certains cas, se soustraire à la nécessité de le verser ? S'il est obligé, il doit payer ; s'il n'est pas dans la nécessité de payer, c'est qu'il n'est pas obligé. —

La force de cette objection ne réside que dans les mots : au fond, elle n'a aucune valeur. Sans doute il serait contradictoire de dire, de l'acheteur, qu'il est obligé de payer, et que cependant il peut légitimement refuser de payer, si j'attachais au mot « obligé », le sens d'une nécessité de fait de payer. Mais la contradiction disparaît, si l'on entend le mot « obligé » comme exprimant le lien idéal, qui constitue l'obligation au sens technique du mot. Rien de plus fréquent, en droit romain, que de voir une personne, tenue d'une obligation, pouvoir se dispenser d'exécuter cette obligation. Une terminologie spéciale avait été imaginée, pour exprimer commodément cette situation : on disait, d'une telle personne, que, obligée *ipso jure*, elle pouvait se défendre *per exceptionem*. Cette terminologie avait été empruntée au moyen de procédure, dont usait la personne placée dans la situation dont nous parlons, pour se soustraire à la nécessité d'exécuter l'obligation dont elle était tenue. Il ne faudrait pas conclure, de la disparition de cette procédure, que la situation en question ne peut plus se présenter. Sans doute, une personne, tenue d'une obligation, ne peut plus se défendre au moyen d'une exception, en prenant ce mot dans le sens d'une certaine partie de la formule de l'action. Mais rien n'empêche de concevoir que, de nos jours encore, une personne, tenue d'une obligation, puisse être autorisée, en faisant valoir certaines circonstances, à se soustraire à la nécessité d'exécuter cette obligation. Même, à la condition de donner le nom d'exceptions aux circonstances mêmes, capables de paralyser ainsi une obligation, rien n'empêche de dire que, de nos jours encore, il se peut qu'une personne, tenue *ipso jure*, soit autorisée à se défendre *per exceptionem* (71). Par où l'on voit qu'il n'y a point de contradiction à dire que l'acheteur de la chose d'autrui, tenu en toute hypothèse de l'obligation de payer le prix, peut, dans certains cas, se soustraire à la nécessité de le verser au vendeur. Cela revient à dire, en usant de la terminologie romaine, dans le sens dans lequel elle peut être employée dans une législation qui a répudié la procédure formulaire, que l'acheteur de la chose d'autrui, tenu *ipso jure*, peut, dans certaines hypothèses, se défendre *per exceptionem*.

Je n'examine pas, pour le moment, je le répète, quelles sont ces hypothèses, quel est le fondement de l'exception qui y peut être employée.

---

(71) Cf., sur la distinction à faire entre l'exception en elle-même, et l'exception en tant que revêtue d'une certaine forme, notre Thèse de droit romain, Chap. III, art. II, nº II.

Tout ce que j'ai à cœur d'établir ici, c'est que l'acheteur de la chose d'autrui est, *ipso jure,* tenu, en toute hypothèse, de l'obligation de payer le prix.

Or cela me paraît tout établi. L'acheteur, que je suppose capable de s'obliger, a consenti à s'engager à payer une somme d'argent, ce qui n'a rien que de possible et de licite. Dans de telles conditions, je ne vois pas pourquoi cet engagement ne donnerait pas naissance à une obligation. Tous les éléments nécessaires à la naissance d'une obligation ne se trouvent-ils pas réunis ?

Vous oubliez, me dira-t-on, la *cause.* Il ne suffit pas, pour la naissance d'une obligation, du consentement de parties capables, portant sur un objet permis et possible ; il faut de plus que l'engagement ait une cause, qui ne soit ni fausse, ni illicite (art. 1108, art. 1131). Montrez que l'engagement de l'acheteur a une cause, que cette cause n'est point fausse, ni illicite ; ce n'est qu'à ce prix que vous serez en droit de conclure à l'existence, à sa charge, d'une obligation valable.

J'aurais, en effet, commis un oubli impardonnable, si la cause était en réalité une condition nécessaire à la naissance, à l'existence de l'obligation. Mais je suis convaincu qu'il n'en est rien. Non que je veuille rayer du Code les articles relatifs à la cause. Mais ces articles ont pour seul but de décider que, lorsque la cause fera absolument défaut, ne sera qu'apparente, ou ne sera pas licite, l'obligation, qui néanmoins sera née, pourra être dépouillée de tout effet utile par l'emploi, par le débiteur, soit d'une exception, si le créancier demande l'exécution, soit d'une action personnelle en restitution, analogue à la *condictio sine causa* du droit romain, si l'exécution a eu lieu en tout ou en partie.

Je remarque, avant tout, que les articles du Code, qui traitent de la cause, ne répugnent pas à cette interprétation. Admettez que l'intention des rédacteurs du Code ait été de consacrer l'état de droit que je viens d'exposer, la formule la plus courte, pour exprimer leur pensée, n'était-elle pas précisément celle dont ils ont fait l'article 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ? Remarquez qu'ils ne disent point que cette obligation est nulle, n'existe pas. Ils disent qu'elle ne peut produire aucun effet. Or, sans doute, ce qui est nul ne peut en général produire aucun effet, mais ce serait évidemment un raisonnement vicieux, que d'en conclure que tout ce qui ne peut produire aucun effet est nul.

L'article 1108 serait plus embarrassant, et j'avoue que je ne saurais vraiment comment échapper à une rédaction aussi claire, si les autorités les plus imposantes n'étaient d'accord pour n'attacher à cet article qu'une importance tout à fait secondaire. Cet article est ainsi conçu :

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation. » Malgré ce langage si précis, on n'éprouve aucun scrupule à dire que la capacité, rangée par l'article parmi les conditions essentielles pour la validité d'une convention, n'est réellement point une de ces conditions ; que le défaut de capacité n'empêche pas l'obligation de naître. Pour ma part, je l'ai déjà dit (72), la capacité me paraît un élément indispensable à la naissance de l'obligation. Mais ce que l'on dit de la capacité, savoir qu'elle est à tort mentionnée par l'art. 1108 comme une condition essentielle de validité, pourquoi ne le dirais-je pas de la cause? Si des motifs sérieux, étrangers à l'art. 1108, m'amènent à la conclusion que le défaut de cause n'empêche pas l'obligation de naître, nul, parmi ceux du moins, et ils sont nombreux, qui ne considèrent pas la capacité comme une condition de validité, ne pourra à cette conclusion opposer le texte de l'art. 1108.

Les voies ainsi frayées, montrons que la cause n'est réellement pas une condition de validité des conventions.

Pour cela, je dois d'abord préciser ce qu'il faut entendre par cause.

On enseigne en général que la cause doit être soigneusement distinguée des motifs. On dit assez volontiers, par une sorte d'antithèse, que la cause est le motif immédiat, prochain ; que le motif est une cause plus éloignée, en quelque façon la cause de la cause. Le motif, dit-on, n'est pas pris en considération par le législateur, qui ne s'occupe que de la cause, du but prochain des parties. Ce but prochain, la cause, diffère d'ailleurs selon qu'il s'agit d'un acte à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas, la cause est l'avantage reçu ou à recevoir : obligation, translation de droit réel, libération, etc. ; dans le second, elle n'est pas autre chose que l'intention de libéralité de l'auteur de l'acte à titre gratuit envers son co-contractant.

Cette théorie doit être repoussée : elle se détruit elle-même, étant contradictoire.

Elle admet deux sortes de causes, spéciales, l'une, aux actes à titre onéreux, l'autre, aux actes à titre gratuit. Cette dernière, dit-elle, n'est pas autre chose que l'intention de libéralité de l'auteur de l'acte. C'est-à-dire, si je ne me trompe, que, dans les actes à titre gratuit, la cause n'est pas autre chose que l'intention de l'auteur de l'acte de procurer à l'autre partie un certain avantage, le bénéfice même de cet acte. Je ne

---

(72) Voy. plus haut note 10.

nie pas la réalité de cette intention ; je reconnais aussi que cette intention est le motif le plus immédiat qui se puisse assigner à la passation de l'acte. Mais je prends la liberté de faire remarquer que cette même intention existe incontestablement chez l'auteur d'un acte à titre onéreux. Lorsque je m'engage à payer 1000 francs, mon but le plus prochain n'est-il point de conférer à l'autre partie le droit de me réclamer 1000 francs, et cela aussi bien lorsque cette autre partie me procure en retour un avantage déterminé, que lorsqu'il est entendu entre nous qu'elle ne me fournira rien ? Si, dans ce dernier cas, cette intention doit être considérée comme la cause de mon engagement, je ne vois pas pourquoi elle ne jouerait pas ce même rôle de cause dans le premier cas.

On me fera remarquer qu'il y a cependant une grande différence entre les deux cas : dans l'un, je ne suis déterminé par l'espoir d'aucun avantage, dans l'autre, je ne contracterais pas sans l'espoir d'en obtenir un. Mais je n'ai point dit qu'il n'y a aucune différence entre les deux hypothèses. Cette différence éclate à tous les yeux ; mais dans la théorie que je combats, cette différence ne peut logiquement être qu'une différence de motifs. Dans les deux hypothèses, je m'engage pour procurer à l'autre partie le bénéfice de mon obligation : c'est la cause ; que, dans l'une, cependant je n'aie cette intention qu'en vue d'un avantage équivalent, ce n'est plus là qu'un but plus éloigné, la cause de la cause, c'est-à-dire proprement un motif, absolument comme, dans l'hypothèse de l'acte à titre gratuit, je n'ai l'intention de procurer le bénefice de cet acte à mon co-contractant, que parce que ce co-contractant est mon ami, ou mon parent, ou pour un autre motif quelconque.

Tels sont les résultats logiques auxquels on aboutit, lorsque l'on pose en principe que la cause d'un acte est le motif immédiat de celui qui accomplit cet acte : la cause est identique à elle-même dans tous les actes, quels qu'ils soient, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit. Ces résultats ne sont point ceux qu'enseigne la doctrine que je combats. Partant du principe que je viens de rappeler, elle enseigne, je l'ai dit, que la cause diffère selon qu'il s'agit d'un acte à titre onéreux ou d'un acte à titre gratuit. La contradiction est manifeste : admettre une telle conséquence, c'est renier son principe. N'ai-je pas eu raison de dire que cette doctrine se détruit elle-même ?

Cette inconséquence, au surplus, s'explique le plus facilement du monde. Je ne crains pas de dire que l'inconséquence, que je critique, s'impose à quiconque, partant de ce principe, que la cause d'un acte doit être cherchée dans le but immédiat de l'auteur de cet acte, a quelque souci des dispositions du Code sur le défaut de cause, la fausse

cause et la cause illicite. Car il est manifeste qu'à appliquer fidèlement ce principe, à admettre, par conséquent, que la cause de l'acte à titre onéreux, aussi bien que la cause de l'acte à titre gratuit, n'est pas autre chose que l'intention de procurer à autrui le bénéfice de cet acte, il n'y a plus d'acte sans cause, plus de fausse cause, plus de cause illicite. Quelque acte que j'accomplisse au profit d'autrui, il est manifeste que j'ai nécessairement, à moins d'agir inconsciemment, l'intention que cet acte profite à autrui. Donc point d'acte sans cause. — D'un autre côté, il n'est pas possible de concevoir que cette intention ne réponde pas à la réalité. Donc point d'acte sur fausse cause. Dira-t-on que, voulant accomplir un acte au profit d'autrui, il se peut que je ne lui procure aucun bénéfice ? Soit ; mais que prétend-on tirer de là ? Si mon acte n'a pas eu d'effet, il est bien inutile au Code de déclarer qu'il n'en peut pas produire. Ce n'est point d'un acte qui, par lui-même, ne produit aucun effet que parle le Code, lorsqu'il s'occupe de l'acte sur fausse cause : il parle d'un acte qui, indépendamment de la fausseté de la cause, produirait ses pleins effets, qui n'en est précisément empêché que parce que la cause est fausse. Or c'est là ce qu'il est impossible de concevoir, en considérant la cause de l'acte accompli au profit d'autrui, comme l'intention immédiate et prochaine de l'auteur de cet acte, c'est-à-dire comme l'intention de voir l'acte profiter à autrui. — Enfin que peut-il y avoir d'illicite, accomplissant un acte au profit d'autrui, à vouloir qu'il lui profite ? Rien, évidemment. Je sais bien que l'acte lui-même peut être illicite, mais, en pareil cas, il est déjà nul, en tant qu'acte juridique, à raison même de ce caractère illicite. Inutile de prendre en considération le caractère illicite de la cause, pour lui dénier tout effet. Le Code cependant s'occupe d'actes sur cause illicite, pour déclarer qu'ils ne peuvent produire aucun effet : il a donc en vue des actes qui, n'était le caractère illicite de la cause, produiraient leurs pleins effets. Or de tels actes sont introuvables, si l'on reste fidèle au principe que la cause est le motif immédiat et prochain.

Il ne reste à qui veut, à la fois, être conséquent avec lui-même, et trouver quelque sens aux dispositions du Code sur le défaut de cause, la fausse cause, et la cause illicite, qu'un seul parti à prendre : c'est de rejeter le principe même, origine de tant de difficultés. Un premier point est donc acquis : la cause d'un acte n'est pas le motif immédiat et prochain de l'auteur de cet acte.

Mais il ne suffit pas de dire ce que la cause n'est pas ; encore faut-il dire ce qu'elle est. Rien de plus facile, étant donné le principe négatif que nous venons d'établir. La cause, en effet, rentre évidemment dans les motifs, au sens général de ce mot : cela n'a jamais été contesté par

personne. Du moment que la cause ne consiste pas dans le motif le plus prochain et le plus immédiat, le seul qu'il puisse y avoir quelque apparence de raison à séparer des autres, il faut nécessairement dire qu'elle consiste dans l'ensemble des motifs, qui déterminent une personne à accomplir un acte. C'est ce que nous dirons.

La vérité de ce principe, démontrée par ce qui précède, est confirmée par l'explication, qu'il fournit, des hypothèses de défaut de cause, de fausse cause, et de cause illicite, dont s'occupe le Code. Parmi les circonstances, en considération desquelles l'auteur d'un acte s'est décidé à l'accomplir, et dont l'ensemble constitue la cause de cet acte, il peut arriver que l'une ou l'autre fasse défaut : c'est l'hypothèse de fausse cause. — Il se peut aussi qu'une personne, sans aucune erreur de sa part, se décide à accomplir un acte pour déterminer un événement, que le législateur regarde comme devant se produire indépendamment de l'acte en question. Dans de telles circonstances, il y a, non point fausse cause, mais défaut de cause. C'est ainsi que, si je promets une somme d'argent pour détourner quelqu'un de commettre un crime, ma promesse manque de cause. Le législateur, partant de l'idée que toute personne doit s'abtenir de tout crime, indépendamment de toute promesse, admet nécessairement que le crime n'eût pas été commis, quand même la promesse n'eût pas été faite. Pour lui, par conséquent, promettre sous l'influence d'un tel motif, c'est réellement promettre sans motif. — Enfin, il peut arriver que l'auteur d'un acte se décide à l'accomplir, en considération d'un motif prohibé par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public : c'est l'hypothèse de cause illicite.

On s'étonnera peut-être que nous ayons consacré d'aussi longs développements à la détermination de la nature exacte de la cause. Mais cette détermination était indispensable pour atteindre au but que nous poursuivons, qui est de démontrer que la cause n'est pas un élément essentiel à la naissance d'une obligation. Jamais nous n'avons été plus près de ce but ; il ne nous reste plus qu'un pas à faire, un argument à présenter.

Cet argument, le voici.

Etant donné que la cause d'un acte est l'ensemble des motifs qui déterminent l'auteur de cet acte à l'accomplir, il se trouve que, dans les deux hypothèses de l'article 1110 et dans celle de l'article 1116, il y a fausse cause, que, d'un autre côté, dans l'hypothèse des articles 1111, 1112 et 1113, il y a défaut de cause. Dans ces hypothèses, l'obligation, ainsi dépourvue de cause ou sur fausse cause, est annulable (art. 1117). Elle n'est donc point inexistante. J'en conclus que la fausseté de la cause, le défaut de cause, et j'ajoute le caractère illicite de la cause, mis

sur la même ligne par l'article 1131, n'ont point pour conséquence l'inexistence de l'obligation, en d'autres termes, que la cause n'est pas un élément essentiel de validité de la convention.

Parmi les propositions, dont se compose cet argument, il n'y a que la première qui réclame quelques éclaircissements. Les deux hypothèses de l'article 1110 sont celles où l'auteur d'une promesse se trompe sur la substance (de l'objet de sa promesse, ou de l'objet de la promesse qu'il reçoit en retour), ou sur l'individualité de la personne avec laquelle il contracte. Je dis que, dans ces deux cas, il y a fausse cause. En effet, dans la première hypothèse, par substance, il faut entendre une qualité en considération de laquelle le promettant s'est engagé ; d'un autre côté, dans la seconde hypothèse, le promettant ne s'est engagé que parce qu'il croyait contracter avec telle personne. Il se trouve que cette qualité fait défaut, que la personne est autre. L'une des circonstances, en vue desquelles il a contracté, fait donc défaut. Nous nous trouvons donc bien en présence de deux hypothèses de fausse cause. — L'art. 1116 s'occupe de même d'une hypotèse où la cause est fausse. Il suffit, pour s'en convaincre de le lire : « Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, etc. » — Enfin j'ai dit que, dans l'hypotèse prévue par les articles 1111, 1112 et 1113, il y a défaut de cause. Il s'agit, dans ces articles, d'une promesse, à laquelle son auteur ne se résout que pour éviter par là la réalisation des menaces qui lui sont faites. Il n'y a aucune erreur de sa part, mais le législateur, ne pouvant admettre que, sans la promesse, les menaces eussent été mises à exécution, considère nécessairement la promesse comme fondée sur un motif insuffisant, comme dénuée de motif: la cause fait donc défaut.

La première proposition de notre argument ainsi mise en lumière dans toutes ses parties, l'argument ne présente plus de difficultés. Il est clair, en effet, que si le défaut ou la fausseté de la cause avait pour résultat d'empêcher l'obligation de naître, il en serait ainsi dans les hypothèses prévues par les art. 1110, 1116, 1111 à 1113. Il ne pourrait être question d'annulation. Or, tout au contraire, l'art. 1117 déclare que, dans ces hypothèses, l'obligation peut être annulée. Donc elle existe. Donc le défaut ou la fausseté de la cause (et il faut en dire autant du caractère illicite de la cause), ne fait pas obstacle à la naissance de l'obligation.

C'est tout ce que nous voulions démontrer, et il nous est dès maintenant possible de conclure que l'acheteur de la chose d'autrui est, en

toute hypothèse, tenu de l'obligation de payer le prix. Encore une fois, nous ne nions pas que son engagement puisse manquer de cause, ou être fondé sur une fausse cause. Ce que nous prétendons, et ce point ne saurait plus maintenant faire l'objet d'aucun doute, c'est que son engagement, fût-il sans cause ou sur fausse cause, n'en donne pas moins naissance à une obligation valable.

Il semble que je devrais m'arrêter ici. Notre septième proposition démontrée, et, avec cette démonstration, close la première partie de mon travail, je devrais, pour me conformer à l'ordre que je me suis tracé, aborder immédiatement la seconde partie, relative aux effets de la vente de la chose d'autrui. Je demande au lecteur la permission de l'entretenir, quelques instants encore, de la cause. Aussi bien les développements, que je vais fournir aussi brièvement que possible, indispensables à l'intelligence de notre chapitre II, trouveraient-ils difficilement place dans ce chapitre. On voudra bien considérer que la marche de nos explications au cours de ce chapitre, n'en sera que plus prompte et plus aisée. Telle la construction d'un édifice est d'autant plus facile et rapide, que les matériaux en ont été plus soigneusement préparés d'avance.

Il a été démontré que l'engagement sans cause, sur fausse cause, ou sur cause illicite, donne naissance à une obligation. Il est constant, d'autre part, que dans certaines hypothèses de défaut de cause ou de fausse cause, l'obligation est annulable : ce sont les hypothèses prévues par les articles 1110 et suivants. Faut-il en conclure que, d'une manière générale, l'obligation sans cause, sur fausse cause, et j'ajoute sur cause illicite, peut être annulée sur la demande du débiteur ? Est-ce là le sens de l'art. 1131, qui déclare que cette obligation ne peut avoir aucun effet ? — Il ne viendra à l'esprit de personne de le soutenir. L'annulabilité est, pour une obligation, une manière d'être exceptionnelle, qu'il n'est permis d'admettre qu'en vertu d'un texte formel. Dans le cas particulier, ce texte n'existe pas. Ce ne pourrait être que l'article 1131 lui-même. Mais cet article n'établit pas l'annulabilité de l'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite. Ce qui le prouve, c'est, qu'à côté de cet article, le législateur a cru nécessaire d'édicter spécialement, dans les articles 1110 et suivants, l'annulabilité de certaines obligations sans cause ou sur fausse cause.

Ni l'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite, n'est donc inexistante, ni elle n'est annulable. Il ne reste donc plus qu'une seule manière d'expliquer l'article 1131, qui déclare que cette obligation ne peut avoir aucun effet. C'est d'admettre que, d'une part, la personne tenue d'une telle obligation, quoique véritablement obligée,

pourra se soustraire à la nécessité de l'exécuter, en alléguant l'inexistence, la fausseté ou le caractère illicite de la cause, en d'autres termes, pourra se défendre par une exception, — que, d'autre part, si elle a exécuté, elle pourra réclamer au créancier la restitution de ce qu'elle lui aura fourni.

A l'appui de cette manière d'entendre l'article 1131, je ferai remarquer d'abord qu'elle est en harmonie parfaite avec l'article 1376 (73). Celui qui paie l'indu ne paie que parce qu'il se croit débiteur : il y a fausse cause. Quelle est, d'arprès l'article, la conséquence de cette fausseté de la cause ? C'est de lui permettre d'exercer une action personnelle en restitution. — En second lieu, on remarquera que, de l'aveu de tous, la théorie de la cause n'est point spéciale aux conventions tendant à faire naître des obligations. Elle doit s'appliquer à tous les actes juridiques, voire même aux faits non-juridiques procurant à autrui un certain enrichissement. L'article 1131, la seule disposition un peu générale sur la cause, malgré sa rédaction étroite, doit donc recevoir une telle extension. Or cette extension n'est possible qu'avec le sens que nous attribuons à l'article. Supposons en effet un acte non juridique, une construction, par exemple, accompli par une personne au profit d'autrui, en vue d'une circonstance qui fait défaut, en d'autres termes, sur fausse cause. L'art. 1131 a-t-il le sens que nous lui attribuons, il s'applique très facilement; le constructeur aura une action en restitution de l'enrichissement qu'il a, sur fausse cause, procuré à autrui. Veut-on au contraire que l'article 1131 édicte l'inexistence ou l'annulabilité de l'obligation contractée sur fausse cause, il ne peut être étendu à notre hypothèse, car il est manifeste que la loi est impuissante à l'égard du fait dont il s'agit. Tous les articles du monde ne feront pas que la construction n'ait pas été élevée, et, en dépit de toutes les fictions, il restera éternellement vrai qu'elle l'a été.

Quant au principe qui sert de fondement à l'exception et à l'action en répétition, établies par l'article 1131, ce ne peut être que celui-là même qui était admis en droit romain, savoir qu'il y a dol à se prévaloir d'un acte auquel son auteur a consenti sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite, principe qui apparaît manifestement notamment dans la loi 36, D, *de verb. oblig.*, XLV, 1.

Fondée sur ce principe, l'action en répétition accordée par le droit romain, la *condictio sine causa*, ou *ob turpem causam* aboutissait à

---

(73) Art. 1376 : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

des résultats différents, selon qu'elle était exercée contre un défendeur de bonne foi ou de mauvaise foi, c'est-à-dire contre une personne qui ignorait ou connaissait le défaut de cause de l'acte qui l'avait enrichie. Dans l'un et l'autre cas, il est vrai, la *condictio sine causa* tendait essentiellement à la restitution de la valeur de l'enrichissement procuré sans cause à autrui, telle qu'elle se comportait au moment où il lui avait été procuré. Mais, d'une part, le défendeur de bonne foi pouvait obtenir que la condamnation ne s'étendît qu'à la valeur de l'enrichissement subsistant entre ses mains au moment de l'action intentée, — car il semblait contraire à l'équité d'appauvrir ce défendeur, — et, d'autre part, le juge de la *condictio* intentée contre le défendeur de mauvaise foi (74), considérant que ce défendeur, en recevant un enrichissement qu'il savait ne pouvoir conserver sans dol, pouvait être regardé comme ayant promis de le restituer, fixait le montant de la condamnation, comme si ce défendeur eût, par contrat, promis de restituer l'enrichissement primitif, sans omettre d'étendre cette condamnation de manière à assurer la réparation intégrale du dommage causé au demandeur par le dol ou la faute du défendeur (75).

Ces règles, éminemment équitables, ont été reproduites par le Code. On s'en convaincra en lisant les articles 1378 et 1380 (76), qui montrent clairement, le premier, que le défendeur de mauvaise foi à l'action en répétition, accordée à celui qui s'est appauvri sur une fausse cause, est tenu comme s'il avait fait une promesse de restitution, et, le second, que le défendeur de bonne foi ne peut subir de condamnation excédant son enrichissement, tel qu'il se comporte au moment de l'action intentée.

Par application de ce même principe, savoir que le défendeur de bonne foi ne doit être condamné que dans les limites de son enrichissement actuel et réel, le juge romain ne condamnait ce défendeur à la restitution de l'enrichissement primitif, augmenté des accroissements qu'il avait pu recevoir, que déduction faite des débours, primitivement faits par ce défendeur pour obtenir cet enrichissement, et de toutes les dépenses faites par lui relativement à la valeur reçue. Les mêmes décisions s'imposent au juge moderne. Le principe, sur lequel elles s'ap-

---

(74) Alors, du moins, que la *condictio* était *incerti*.

(75) Voy., sur tous ces points, notre Thèse rom., chap. IV, art. III, § 2.

(76) Art. 1378 : « S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement ».

Art. 1380 : « Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente ».

puyaient à Rome, a été reproduit par le Code : il doit produire les mêmes conséquences (77).

Je n'ai plus, pour terminer ces explications sur la cause, qu'un mot à dire des hypothèses prévues par les articles 1110 et suivants, dans lesquelles, on se le rappelle, le défaut ou la fausseté de la cause autorise, par exception, l'auteur de la promesse à demander l'annulation de son obligation. La question est de savoir si c'est là son seul droit, ou s'il peut, à son choix, demander l'annulation de son obligation et des actes d'exécution qu'il a accomplis (en tant que ceux-ci sont susceptibles d'être annulés), ou se prévaloir simplement du défaut ou de la fausseté de la cause, soit par voie d'exception, soit par voie d'action en répétition. Je pense qu'il faut lui reconnaître cette faculté d'option. Les articles 1110 et suivants sont évidemment dans l'intérêt de la partie qui s'est trompée ou qui a été victime de la violence ou du dol ; ils ne doivent donc pas lui enlever le bénéfice du droit commun (78).

Ce point établi, voici une autre question. Il est sûr que l'action en nullité ne dure que dix ans (art. 1304), et j'ajoute que, ce délai de dix ans devant être considéré, sinon comme une ratification de la promesse, du moins comme une renonciation au droit d'en demander l'annulation, l'exception de nullité disparaît également au bout de ces dix ans. Mais on peut se demander si l'action fondée sur le défaut de cause, la *condictio sine causa*, et l'exception fondée sur ce même défaut de cause disparaissent également à l'expiration de ce délai de dix ans. Sans doute cette action dure en général trente ans, et l'exception est perpétuelle, mais il ne faut pas oublier que l'on peut renoncer à l'une et à l'autre, que l'on peut ratifier l'acte contre lequel elles peuvent être employées. Si la prescription de dix ans, qui éteint l'action et l'exception de nullité, est une ratification de cet acte, il faut dire que l'exception et l'action fondées sur le défaut de cause sont éteintes par l'expiration de ces dix ans. Mais cette prescription doit-elle être considérée comme une vraie ratification ? J'en doute fort. Je crois, il est vrai, que le fait de laisser écouler ce délai de dix ans est considéré par la loi comme impliquant une certaine approbation donnée à l'acte (arguments : le point de départ

---

(77) *Non obstant* 1379 et 1381. Rien ne prouve en effet que le demandeur, pour obtenir les restitutions indiquées dans l'art. 1379, ne soit pas tenu, si le défendeur est de bonne foi, de faire certains déboursés. D'autre part, rien ne prouve que le défendeur de bonne foi n'ait droit qu'aux dépenses dont parle l'art. 1381.

(78) Je n'ai, je pense, pas besoin d'indiquer la différence des résultats auxquels elle aboutira, selon qu'elle usera de l'une ou l'autre voie. Chacun s'en rendra compte aisément.

fixé à la prescription par l'art. 1304 ; les termes de l'art. 1115), mais ne serait-ce pas par hasard, non point une ratification pleine et entière, mais seulement une renonciation au droit de réclamer l'annulation ? En laissant s'écouler dix ans sans rien dire, le promettant s'enlèverait le droit de faire prononcer l'annulation de sa promesse, il reconnaîtrait qu'il a en effet promis, mais il ne s'interdirait pas d'alléguer que s'il a promis, ç'a été sans cause. Bien loin d'être en contradiction avec le texte de la loi, cette doctrine seule l'explique parfaitement. Sans doute l'article 1115 dit qu'au bout de dix ans, l'acte ne peut plus être attaqué pour cause de violence, ajoutons d'erreur ou de dol. Mais ce n'est plus la violence, ou l'erreur, ou le dol, que le promettant allègue : c'est le défaut de cause. Ce même article ne dit-il pas que l'acte ne peut plus être attaqué pour cause de violence, lorsqu'il a été approuvé par une ratification expresse ou tacite, soit en laissant passer le délai de dix ans ? On se fonde sur ces mots, pour soutenir que le fait de laisser passer dix ans est une ratification tacite. J'y vois la preuve du contraire. Si c'était une ratification tacite, l'article serait inexact. Il indique trois termes, en effet, et en réalité, il n'y en aurait que deux. — J'ajoute que la théorie que je propose est au fond adoptée par tout le monde, et qu'on ne peut par conséquent me la reprocher. Tout le monde admet que lorsqu'une obligation ou une aliénation est, à la fois, entachée de dol, par exemple, et dénuée de cause, ce dernier point peut être invoqué pendant trente ans. C'est ainsi que, si par dol je vous ai fait croire que vous étiez mon débiteur et vous ai ainsi amené à me faire un paiement indu, vous avez contre moi une action en restitution qui dure trente ans. Il est vrai que l'on a de la cause une autre idée que moi, et que l'on attache au défaut de cause d'autres conséquences que celles que je lui fais produire ; mais il n'en est pas moins vrai que l'on admet à se prévaloir du défaut de cause, alors même que l'on est dans l'une des hypothèses prévues par les articles 1110 et suivants.

CHAPITRE II

DES EFFETS DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

En abordant cette seconde partie de mon travail, je dois tout d'abord avertir que je ne m'occuperai pas de tous les résultats que l'on a l'habitude de considérer comme des effets de la vente de la chose d'autrui. S'il est en effet légitime de comprendre sous le nom d'effets de la vente de la chose d'autrui, non-seulement les résultats qui se produisent nécessairement à la suite de cette vente, mais encore ceux qui, ne pouvant se produire que moyennant la réalisation d'une certaine circonstance étrangère à la vente, ne trouvent leur raison d'être que dans la vente elle-même, en ce sens que, sans la vente, ils ne sauraient se réaliser, il est contraire à une bonne méthode de regarder, comme des effets de la vente de la chose d'autrui, des résultats qui ne rentrent dans aucune de ces deux catégories.

C'est ainsi que l'on ne doit pas considérer comme un effet de la vente de la chose d'autrui, la circonstance qu'en général, à la suite de cette vente, l'acheteur se trouve, dans les débats qui pourront s'ouvrir relativement à la propriété de la chose, placé dans la situation avantageuse de défendeur. Il ne suffit pas, en effet, qu'il y ait eu vente pour que ce résultat se produise, il faut encore qu'il y ait eu remise de la possession à l'acheteur. Cette remise de possession d'ailleurs eût eu ce même résultat, quand même elle eût été faite indépendamment de toute vente. Sans doute en fait cette remise de possession, étant donné qu'il y a eu une vente, peut être considérée comme se rattachant à la vente, en ce sens qu'elle n'eût sans doute pas eu lieu en l'absence de cette vente, mais cette relation incontestable n'est qu'une relation occasionnelle : ce qui est vrai, c'est que la vente a provoqué en fait la remise de possession, qui seule explique que l'acheteur se trouve désormais défendeur au pétitoire.

Tout ce que je viens de dire s'applique aux actions possessoires acquises à l'acheteur de la chose d'autrui.

De même encore, on ne doit point considérer comme un effet de la vente de la chose d'autrui, l'acquisition des fruits par l'acheteur de bonne foi. Deux conditions sont nécessaires pour que cette acquisition se produise : la possession, la bonne foi. Or, d'une part, la possession n'est point une suite nécessaire de la vente ; et, d'autre part, la bonne foi peut exister indépendamment de tout acte productif d'obligations, voire de tout acte translatif de propriété. La vente a, il est vrai, pu déterminer la remise de possession et faire croire à l'acheteur qu'il était devenu propriétaire ; mais cette remise et cette croyance auraient pu se produire sans elle.

Enfin la prescription acquisitive accomplie par l'acheteur ne doit pas davantage être regardée comme un effet de la vente de la chose d'autrui. Cela est d'abord évident pour la prescription trentenaire : elle est le résultat de la seule possession (art. 2262). — Cela est non moins certain pour la prescription par dix et vingt ans. Il est vrai que l'article 2265 exige, pour que cette prescription s'accomplisse, qu'à la possession se joignent la bonne foi et un juste titre. Mais, d'une part, la bonne foi peut exister indépendamment de toute autre circonstance, indépendamment de la vente par conséquent. Et, d'autre part, le juste titre n'est pas autre chose qu'un acte translatif de propriété, qui, régulier à tous les autres points de vue, ne manque son effet que parce qu'il émane d'un non-propriétaire (79). Pour que cette prescription se produise, il faut sans doute qu'il y ait un tel acte translatif de propriété, mais cet acte ne saurait être confondu avec la vente, qui, ainsi que nous l'avons établi, ne peut donner naissance qu'à des obligations. — Enfin l'acquisition de propriété consacrée, en matière de meubles, par l'article 2279, ne peut pas non plus être considérée comme un effet de la vente. D'après cet article, la simple prise de possession, à la condition qu'elle ait lieu de bonne foi (voy. art. 1141), fait acquérir la propriété. Peu importe que cette prise de possession ait été précédée d'un acte productif d'obligation, ou même d'un acte translatif de propriété, ou qu'elle se soit produite en l'absence de tout acte de ce genre. La vente ne peut donc figurer en cette matière que comme un élément de fait sur lequel s'appuie la bonne foi.

---

(79) Que le mot titre ait, en matière de prescription, le sens d'acte translatif de propriété, c'est ce que démontre péremptoirement l'article 2279, qui, déclarant que : en fait de meubles, possession vaut titre, pour dire, de l'aveu de tout le monde, que la prise de possession d'un meuble en fait acquérir la propriété, ne peut avoir cette signification que si l'on entend le mot titre dans le sens de : acte translatif de propriété.

Pour éviter la quadruple erreur, qui consiste à considérer comme des effets de la vente de la chose d'autrui, la situation de défendeur au pétitoire ordinairement acquise à l'acheteur à la suite de cette vente, la possibilité pour lui d'exercer avec succès les actions possessoires, celle de faire siens les fruits de la chose, celle de l'usucaper, il eût suffi de s'en tenir au principe que nous avons formulé plus haut, savoir qu'il ne faut en général regarder comme des effets de la vente de la chose d'autrui, que les résultats qui se produisent nécessairement à la suite de cette vente, et ceux qui, bien qu'ils exigent la réalisation d'une autre circonstance encore, ne trouvent cependant leur raison d'être que dans la vente elle-même, en ce sens que ce n'est que grâce à elle qu'ils peuvent se produire. Aucun des quatre résultats énoncés, et faussement rattachés à la vente, ne rentre en effet ni dans l'une, ni dans l'autre de ces catégories. Par sa portée générale, ce principe suffit d'ailleurs à condamner d'avance tout essai de considérer comme un effet de la vente, un résultat quelconque qui, ne rentrant pas dans l'une de ces catégories, se trouve sans aucune relation avec la vente, ou ne peut, tout au plus, s'y rattacher que comme à une occasion favorable à sa réalisation.

Si, de cette application en quelque sorte négative de notre principe, nous passons à son application positive, et cherchons à déterminer ce qui peut et doit être considéré comme effet de la vente de la chose d'autrui, nous le formulerons sans peine. De notre exposé des caractères de la vente de la chose d'autrui, il ressort, en effet, que cette vente, comme toute autre, est exclusivement un acte productif d'obligations. Que faut-il donc considérer comme les effets de la vente de la chose d'autrui ? Rien autre chose évidemment, que les obligations mêmes auxquelles elle a pu donner naissance. C'est à l'étude de ces obligations, au double point de vue des cas dans lesquels elles peuvent être invoquées, et de leur véritable portée, que se limitera donc le présent chapitre.

Étant donné que, si la vente de la chose d'autrui a toujours les mêmes effets à l'égard de l'acheteur, en ce sens que, en toute hypothèse, il se trouve tenu de l'obligation de payer le prix, il en est autrement à l'égard du vendeur, lequel peut, selon les cas, je veux dire selon l'étendue de son engagement, être tenu, ou non, de l'obligation de garantir de l'éviction, nous diviserons ce second chapitre en deux articles, consacrés, l'un, aux effets de la vente sans promesse de garantie de l'éviction, l'autre, aux effets de la vente avec promesse de garantie de l'éviction.

Pour commencer par ce qui est le plus simple, nous traiterons d'abord des effets de la vente sans garantie.

ARTICLE I

EFFETS DE LA VENTE SANS GARANTIE.

L'obligation de garantir de l'éviction est présumée assumée par le vendeur (art. 1626). Mais les parties peuvent augmenter ou diminuer l'étendue de cette obligation (art. 1627). Elles peuvent même supprimer complètement l'obligation de garantir de l'éviction (art. 1627). C'est de la vente, dans laquelle une clause expresse a ainsi supprimé l'obligation de garantir de l'éviction, que nous avons à parler ici, en supposant d'ailleurs que cette vente porte sur la chose d'autrui.

Nous ne nous trouvons pas en présence d'une hypothèse unique. On conçoit que diverses ventes, présentant ce caractère commun que le vendeur est déchargé de toute garantie de l'éviction, puissent différer à d'autres points de vue, qu'il puisse par conséquent y avoir plusieurs espèces de ventes sans garantie de l'éviction. Nous ne rechercherons pas toutes les combinaisons possibles, mais au moins faut-il que nous étudions les deux espèces de vente sans garantie, dont il est parlé dans le Code (art. 1629), savoir : la vente sans garantie *hoc sensu*, et la vente aux risques et périls de l'acheteur.

La première est celle dans laquelle les parties se sont bornées à déclarer que le vendeur ne serait pas tenu de garantir de l'éviction. — La seconde est celle où elles ont ajouté que l'acheteur achetait à ses périls et risques, ou dans laquelle elles ont déclaré que l'acheteur achetait à ses périls et risques, sans, d'autre part, écarter expressément l'obligation de garantie, qui se trouve mise de côté d'une façon suffisamment claire.

Dans l'une et l'autre, l'acheteur s'est engagé à payer le prix, et cette obligation a pris naissance, encore que la chose n'appartienne pas au vendeur ; et le vendeur s'est engagé à *dare* et à livrer, et cette double promesse, portant sur une *res aliena*, n'a donné naissance à aucune obligation.

Ce sont là les effets immédiats de la vente sans garantie et de la vente aux risques et périls de l'acheteur. Pour employer le langage romain, on peut dire que ce sont là les résultats qui se produisent *ipso jure*. Qui se bornerait à les signaler, risquerait fort de donner une fausse idée des résultats pratiques de nos deux contrats. Ici, comme ailleurs, il faut tenir compte de la cause. L'engagement de l'acheteur a évidemment, comme tout engagement émanant d'une personne raisonnable, été contracté en vue d'une certaine cause. Quelle est cette cause ? est-elle la même dans les deux contrats ? Ne diffère-t-elle pas selon que cet

acheteur croyait le vendeur propriétaire, ou savait qu'il ne l'était pas ? Nous n'avons pas à nous poser les mêmes questions relativement au vendeur. Sa promesse n'a fait naître aucune obligation. Quelle qu'ait été la cause de son engagement, pour quelque motif qu'il ait promis, il est clair que l'inexistence de toute obligation à sa charge pourra être invoquée par lui. Mais ce vendeur, non tenu, a peut-être exécuté, je veux dire livré. Quelle a été la cause de cette livraison ? est-elle toujours identique à elle-même ? D'un autre côté, l'acheteur a pu lui aussi payer. Il importe de savoir quelle a été, dans chaque hypothèse possible, la cause de ce paiement. Toutes ces questions demandent une réponse, car on sait que, d'une manière générale, le fait, juridique ou non, accompli en vue d'une certaine cause doit, si cette cause fait défaut, être dépourvu d'effet, soit par le moyen d'une exception, soit par le moyen d'une action en répétition.

Pour éviter toute obscurité, nous parlerons séparément de la vente sans garantie et de la vente aux risques et périls de l'acheteur.

I. — Vente sans garantie. — Quelles que soient les circonstances dans lesquelles une telle vente soit conclue, quelle que soit l'opinion de l'une ou de l'autre partie sur la question de propriété, le vendeur n'est tenu d'aucune obligation, si la chose ne lui appartient pas. Il ne s'est pas engagé à garantir contre l'éviction ; il n'y a donc pas non plus à sa charge d'obligation de faire en sorte *ut detur*. Quant à l'obligation de *dare*, elle n'a pas pris naissance, et il en est de même de l'obligation de livrer.

Que l'acheteur lui demande la livraison, il pourra donc, quelle qu'ait été la croyance des parties, se refuser à la faire. — S'il a livré volontairement, il faut distinguer s'il l'a fait par erreur ou sciemment. Si c'est par erreur, c'est-à-dire se croyant propriétaire et par suite tenu, il pourra réclamer la chose à l'acheteur, sous prétexte d'avoir opéré la livraison sur fausse cause (80). S'il a livré sciemment, c'est-à-dire quoiqu'il se sût non propriétaire, il ne peut évidemment répéter la chose

---

(80) Il n'y a pas lieu d'objecter l'article 1628, qui déclare que le vendeur sans garantie est responsable de l'éviction, qui résulte d'un fait qui lui est personnel. Car cet article n'est qu'une application de l'article 1136. Il se place dans l'hypothèse où la vente sans garantie a fait naître, à la charge du vendeur, une ou plusieurs obligations, pour décider qu'en pareil cas, le vendeur est, selon le droit commun, tenu à raison des diminutions du droit de l'acheteur qui résulteraient de son fait. Or, dans le cas qui nous occupe, dans le cas de vente sans garantie portant sur la chose d'autrui, aucune obligation n'est née à la charge du vendeur. L'article 1628 est donc inapplicable.

sous ce prétexte, il ne peut prétendre n'avoir effectué la délivrance que parce qu'il se croyait propriétaire. Nous verrons plus loin que ce vendeur a cependant, dans certains cas, le droit de réclamer la restitution de la chose.

Passons à l'acheteur. Cet acheteur, avons-nous dit, est tenu de l'obligation de payer le prix. Il n'y a aucun motif pour que cette obligation n'ait pas pris naissance. Il a en effet consenti à assumer cette obligation qui ne présente rien que de licite et de possible ; or, dans de telles conditions, le consentement est souverain.

Ce raisonnement, qui paraît inattaquable, soulève cependant une objection. Lorsque l'acheteur s'est engagé de bonne foi, c'est-à-dire croyant le vendeur propriétaire, il n'y a pas de difficulté à admettre qu'il soit obligé de payer le prix. Dans son idée, en effet, s'il s'est engagé, c'est parce qu'il pensait que le vendeur allait se trouver grevé de l'obligation de *dare* et de celle de délivrer. On ne peut dire qu'il se soit engagé à titre gratuit. Sans doute la cause qu'il avait en vue n'existe pas, et cette circonstance va lui permettre de se soustraire à l'exécution de son obligation. Mais enfin, en s'engageant, il a eu en vue une contre-prestation, un avantage pour lui-même, il ne s'est pas engagé à titre gratuit. On ne peut donc dire que son obligation soit nulle, comme dépourvue des formes qui, dans notre droit, doivent présider à la naissance des obligations de *dare* contractées à titre gratuit.

Au contraire, lorsque l'acheteur contracte en connaissance de cause, il sait qu'aucune obligation ne naît à la charge du vendeur. Il s'engage cependant. Quelle est la cause de son engagement? Ne doit-on pas dire que ce ne peut être qu'une intention de libéralité? qu'en conséquence son engagement doit être nul pour défaut de formes? — Je crois que ce serait une erreur. Je crois que l'acheteur de mauvaise foi ne s'engage pas gratuitement. Il me semble, en effet, étant donné les circonstances dans lesquelles cet engagement est pris, que, si cet acheteur promet, c'est dans l'espoir que le vendeur, quoique non tenu d'opérer la livraison, l'effectuera quand même. Cette interprétation de l'intention de l'acheteur me paraît la plus naturelle. D'où il suit que cet acheteur, comme l'acheteur de bonne foi, est tenu de l'obligation de payer le prix. Cette obligation n'est point nulle pour défaut de formes. Elle a, selon que l'acheteur était de bonne ou de mauvaise foi, été contractée en vue d'une cause différente.

Si, tenant compte de cette double cause, nous cherchons à déterminer dans les détails la situation de l'acheteur sans garantie, nous arrivons aux résultats suivants.

Supposons d'abord que cet acheteur n'ait pas encore payé le prix. Que

le vendeur l'actionne en paiement de ce prix, l'acheteur se trouvera dans une situation différente selon que, lors du contrat, il savait, ou non, que le vendeur n'était pas propriétaire.

S'il ne le savait pas, il peut opposer qu'il n'a contracté que parce qu'il croyait le vendeur propriétaire, et par suite refuser de payer.

Voyons ici si le vendeur, ainsi repoussé, ne pourra pas recouvrer la chose, si par hasard il l'avait déjà livrée. Il est bien clair que, si le vendeur n'a pas encore livré, il ne peut être forcé de le faire. Mais il a peut-être déjà livré. *Quid* en pareil cas ? recouvrera-t-il la chose, ou non ?

Une première hypothèse ne présente aucune difficulté : c'est celle où le vendeur a livré se croyant propriétaire. En pareil cas, il peut alléguer qu'il n'a livré, que parce qu'il se croyait tenu, et par conséquent réclamer la chose. Nous avons vu que le vendeur qui a livré de bonne foi, peut prendre l'initiative d'une action en répétition contre l'acheteur. Il est clair qu'il peut exercer cette même action, après avoir été repoussé par l'acheteur, auquel il réclamait le prix.

Que décider, si le vendeur a livré de mauvaise foi ? Nous avons déjà dit qu'en pareil cas le vendeur ne peut prétendre que la cause, qui l'a déterminé à livrer, était la croyance à une obligation à sa charge : il ne peut donc répéter sous ce prétexte. Ne peut-il donc pas recouvrer la chose, si l'acheteur refuse de payer ? Il me semble que si. Le vendeur, en effet, a sciemment effectué une livraison qu'il ne devait pas. Est-ce gratuitement qu'il a opéré cette livraison ? On ne saurait le soutenir. En réalité, s'il a livré, c'est qu'il avait la croyance que l'acheteur paierait et ne reviendrait pas sur le paiement effectué. Si donc l'acheteur, ainsi que nous le supposons, refuse de payer, le vendeur est fondé à dire que la *causa futura*, en vue de laquelle il a effectué la livraison, ne s'est pas réalisée, et à demander en conséquence que la chose lui soit restituée.

Si l'acheteur, lors du contrat, savait que le vendeur n'était pas propriétaire, il ne peut refuser de payer, si le vendeur lui offre de lui livrer la chose. Nous savons, en effet, que l'acheteur sans garantie, de mauvaise foi lors du contrat, s'est engagé à payer pour obtenir la livraison. Du moment qu'il l'obtient, il ne peut se soustraire à l'exécution de son obligation. — Par contre, il est clair qu'il ne peut être forcé de payer, si le vendeur en lui réclamant le prix, refuse de livrer la chose, ou si le vendeur, après avoir livré, s'avise de répéter, sous prétexte de n'avoir effectué la livraison que parce qu'il se croyait propriétaire et tenu de la faire.

Il se peut que l'acheteur ait payé. Pourra-t-il revenir sur ce paiement ? — Il faut distinguer.

S'il a contracté et payé de bonne foi, c'est-à-dire croyant le vendeur propriétaire, il est certain qu'il peut demander la restitution du prix : il peut en effet alléguer victorieusement que, s'il s'est engagé et a payé, c'est parce qu'il croyait le vendeur propriétaire.

Il est clair qu'en pareille hypothèse, si le vendeur n'a pas encore livré, il ne pourra être forcé de le faire, et que, s'il vient à livrer plus tard, il ne pourra revenir sur cette livraison. Mais il se peut qu'il ait livré antérieurement à l'action en répétition exercée par l'acheteur. Quels seront ses droits ? — La réponse est facile, si l'on se reporte à ce que nous avons dit plus haut du cas où l'acheteur refuse de payer au vendeur qui a livré. Le vendeur pourra répéter la chose, qu'il ait été, en la livrant, de bonne ou de mauvaise foi. A-t-il livré de bonne foi, il alléguera qu'il n'a livré que parce qu'il se croyait propriétaire ; a-t-il livré de mauvaise foi, il alléguera qu'il ne l'a fait que parce qu'il espérait que l'acheteur paierait et ne reviendrait pas sur ce paiement.

Supposons maintenant que l'acheteur ait contracté de mauvaise foi et payé de bonne foi, nous dirons qu'il ne peut répéter, comme dans l'hypothèse précédente, sous prétexte de n'avoir contracté que parce qu'il croyait le vendeur propriétaire. Mais il n'en recouvrera pas moins son prix, si le vendeur ne lui livre pas la chose, ou, l'ayant livrée, la répète sous prétexte de n'avoir effectué la délivrance que parce qu'il se croyait propriétaire. En effet, en contractant de mauvaise foi, il s'est interdit, il est vrai, d'alléguer que son consentement a été déterminé par la croyance au droit de propriété du vendeur, mais il peut prétendre que ce consentement a été provoqué par l'espoir que le vendeur livrerait et ne reviendrait pas sur cette livraison.

L'acheteur peut aussi avoir payé de mauvaise foi, soit qu'il ait contracté de bonne ou de mauvaise foi. En pareil cas, il ne peut répéter le prix, si la chose lui est livrée, et si le vendeur ne revient pas sur cette livraison. En effet, s'il était de mauvaise foi dès le moment du contrat, il s'est engagé à payer pour que la chose lui fût livrée. S'il était de bonne foi lors du contrat, il est vrai qu'il peut prétendre n'avoir contracté que parce qu'il croyait le vendeur propriétaire, mais il s'est interdit de faire valoir ce moyen, en payant en connaissance de cause. Tout ce qu'il peut prétendre maintenant, c'est qu'il a payé en vue d'obtenir la livraison de la chose. Si donc elle lui est livrée, il ne peut songer à répéter son prix. — Mais par contre, dans l'une et l'autre hypothèse, je veux dire qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi lors du contrat, il recouvrera son prix, si le vendeur ne lui livre pas la chose, ou, l'ayant livrée, la répète sous prétexte de ne l'avoir livrée que parce qu'il se croyait propriétaire. Le vendeur, je le rappelle, ne peut être forcé de livrer. Mais s'il refuse

de faire livraison, l'acheteur pourra réclamer le prix, en alléguant, dans un cas, qu'il n'a contracté et payé, et, dans l'autre cas, qu'il n'a payé, que parce qu'il pensait que le vendeur livrerait et ne reviendrait pas sur cette livraison. De même, si le vendeur a livré, puis réclame la chose sous prétexte de l'avoir livrée de bonne foi, c'est-à-dire se croyant propriétaire, l'acheteur pourra réclamer son prix, en alléguant qu'il n'a contracté et payé, ou tout au moins qu'il n'a payé, que parce qu'il espérait que le vendeur livrerait et ne reviendrait pas sur la livraison faite.

On objectera, contre cette dernière décision, l'article 1629, aux termes duquel « dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, etc. » A prendre cet article à la lettre, le vendeur, répétant la chose, comme l'ayant livrée de bonne foi, n'aurait pas à rembourser le prix à l'acheteur de mauvaise foi. Mais il me paraît que cet article n'a pas en vue l'hypothèse qui nous occupe, mais seulement celle où l'éviction est provoquée par le propriétaire de la chose. Ce qui empêche, en pareil cas, l'acheteur de répéter son prix, c'est qu'il ne peut alléguer avoir compté que le propriétaire ne l'évincerait pas : il ne pouvait raisonnablement espérer pareille chose. Il a donc, en payant, admis qu'il pourrait être évincé par le propriétaire ; s'il l'est, il ne peut par conséquent pas réclamer son prix. Au contraire, l'acheteur a pu fort raisonnablement compter que la chose lui serait livrée, et que, la livraison faite, la chose ne lui serait pas enlevée par le vendeur, non devenu propriétaire (81).

II. — Vente aux risques et périls de l'acheteur. — Le vendeur n'est, par le fait de cette vente, tenu d'aucune obligation, lorsqu'elle porte sur la chose d'autrui, car il n'a promis que de *dare* et de délivrer, et ces obligations sont nulles, précisément parce que la chose ne lui appartient pas.

Par conséquent, comme dans la vente sans garantie, si l'acheteur lui réclame la livraison de la chose, il pourra la refuser, quelle qu'ait été l'opinion des parties sur la question de propriété. — S'il a livré, il faut distinguer si c'est par erreur ou sciemment. Si c'est par erreur, c'est-à-

---

(81) J'ajoute ces mots : non devenu propriétaire, parce qu'il me semble que si le vendeur, ayant acquis la propriété de la chose, enlève cette chose à l'acheteur, celui-ci n'a pas le droit de répéter le prix, s'il a payé de mauvaise foi. Cette hypothèse rentre, en effet, dans les prévisions de l'article 1629, qui, ainsi que je l'ai dit, s'occupe du cas où l'éviction est provoquée par le propriétaire.

dire se croyant propriétaire, il pourra répéter la chose, sous prétexte de n'avoir opéré la livraison que parce qu'il se croyait tenu de la faire (82). S'il a livré sciemment, il est clair qu'il ne peut répéter sous le même prétexte. Nous verrons qu'il n'est cependant pas, du moins dans certains cas, sans pouvoir réclamer la chose.

Quant à l'acheteur, il s'est engagé à payer le prix. Quelle a été la cause de son engagement ? N'est-ce point, au moins dans certaines hypothèses, une pure intention de libéralité ? Et dès lors l'obligation, que cet engagement a cherché à faire naître, n'est-elle point nulle pour défaut de formes ? Nous ne le croyons pas. Nous croyons qu'en toute hypothèse, l'acheteur a contracté en vue d'un certain avantage pour lui-même, en d'autres termes, à titre onéreux. Cette cause n'est d'ailleurs pas la même pour l'acheteur de bonne foi et pour l'acheteur de mauvaise foi.

Pour le premier, elle est multiple, elle se compose de plusieurs éléments. L'acheteur ne s'est décidé à contracter, que parce qu'il croyait : 1° Que le vendeur était dans l'incertitude sur la question de propriété ; 2° Que, par le contrat, le vendeur se trouverait obligé à *dare*, ou au moins que, si cette obligation ne prenait pas naissance, par suite du défaut de propriété du vendeur, celui-ci procéderait quand même à la livraison de la chose. L'une ou l'autre de ces circonstances faisant défaut, ou venant à défaillir, l'acheteur est autorisé à dire que son engagement, et, s'il a payé, son paiement manque de cause, et par suite à refuser ou à répéter le prix.

C'est ainsi que, s'il est actionné en paiement, il peut refuser de payer, s'il prouve que le vendeur a sciemment traité sur la chose d'autrui. — De même, s'il a déjà payé, il peut, en fournissant cette preuve, répéter son prix. — Bien entendu, ni dans l'une, ni dans l'autre hypothèse, le vendeur ne peut être forcé de livrer, s'il ne l'a pas encore fait. Si par hasard il avait livré, nous savons qu'il ne peut prendre l'initiative de répéter la chose, car par hypothèse il a sciemment livré la chose d'autrui, et par suite ne peut alléguer avoir été déterminé par la croyance qu'il était propriétaire. Cependant, alors que l'acheteur refuse de payer le prix, ou le réclame, il faut reconnaître au vendeur le droit de demander la restitution de la chose. Il est manifeste, en effet, qu'il a livré uniquement dans l'espoir que l'acheteur paierait le prix, et ne reviendrait pas sur ce paiement.

---

(82) L'article 1628 ne fait pas obstacle à la possibilité de cette répétition. Voy. la note 89.

A défaut pour l'acheteur de pouvoir prouver que le vendeur a sciemment traité sur la chose d'autrui, il ne pourra refuser de payer ou répéter, que si la livraison lui est refusée, ou si la chose livrée lui est enlevée par le vendeur lui-même, sous prétexte de ne l'avoir livrée que parce qu'il se croyait propriétaire. — Si donc l'acheteur actionne le vendeur en délivrance, et que celui-ci la refuse, l'acheteur ne pourra être forcé de payer le prix : il ne s'est engagé, en effet, qu'en vue d'obtenir au moins la livraison de la chose. Par contre, si le vendeur est prêt à livrer, encore qu'il s'agisse de la chose d'autrui, et qu'il ne soit en conséquence pas tenu de le faire, l'acheteur sera forcé de payer. — L'acheteur a-t-il déjà payé, si le vendeur lui refuse la délivrance, il pourra répéter le prix, car, encore une fois, il ne s'est engagé et il n'a payé, qu'en vue d'obtenir au moins la délivrance de la chose. — De même, l'acheteur, ayant reçu la chose, vient-il à être dépouillé de cette chose par le vendeur, prétendant ne l'avoir livrée que par erreur, il ne pourra plus désormais être forcé de payer ; si même il a payé, il pourra répéter son prix, car il ne s'est engagé, et, le cas échéant, il n'a payé que parce qu'il espérait que la chose lui serait livrée, et que le vendeur ne reviendrait pas sur cette livraison (83).

Nous avons dit que la cause, en vue de laquelle s'engage l'acheteur à ses risques et périls, n'est pas la même, selon qu'il ignore, ou qu'il sait que la chose n'appartient pas au vendeur. Nous venons de parler du cas où l'acheteur est de bonne foi. Voyons celui où il est de mauvaise foi.

---

(83) Il faut, dans la dernière hypothèse citée, que le vendeur agisse bien *condictione sine causa*, et non comme propriétaire. Il me paraît en effet que, actionné par le vendeur devenu propriétaire, l'acheteur ne peut répéter son prix. On rentre, en pareil cas, dans les termes de l'article 1629, auquel on ne peut soustraire que le cas où le vendeur évince avant d'être devenu propriétaire. Cf., plus haut, texte et note 81.

Cette remarque en appelle une autre. J'ai dit que l'acheteur, auquel la chose est enlevée par le vendeur, ne peut plus, s'il n'a pas encore payé, être forcé de le faire. Il faut restreindre cette règle au cas où le vendeur agit *condictione sine causa* ; s'il est devenu propriétaire et revendique, l'acheteur devra payer le prix.

De même, nous avons dit que l'acheteur, auquel la délivrance est refusée, ne peut être contraint de payer le prix, ou, s'il l'a payé, peut le répéter. Cela n'est vrai que si le vendeur refuse de livrer, sans être devenu propriétaire. Si le vendeur a acquis la propriété de la chose, l'acheteur ne peut refuser de payer le prix, ou, s'il a payé, ne peut le répéter, encore que le vendeur ne consente pas à faire délivrance. En effet, quand même le vendeur livrerait, auquel cas l'acheteur serait contraint de payer le prix, il pourrait immédiatement enlever la chose à l'acheteur, sans que celui-ci pût répéter le prix, le vendeur lui reprenant la chose en tant que propriétaire.

En pareille circonstance, la cause de l'engagement de l'acheteur, et, s'il paie, du paiement du prix, n'est pas autre chose que l'espoir de voir le vendeur livrer, encore bien qu'il n'y soit pas tenu, et ne pas revenir sur cette livraison.

Si donc l'acheteur actionne le vendeur en délivrance, et que celui-ci, non devenu propriétaire, la refuse, il ne pourra pas être forcé de payer son prix ; s'il l'a payé, il pourra le répéter. — De même, si, ayant reçu livraison de la chose, l'acheteur est actionné en répétition par le vendeur, non devenu propriétaire, il ne pourra plus être forcé de payer le prix ; ou, s'il l'a versé, il pourra le recouvrer.

Dans tous les cas où, selon ce que nous venons de dire, il y aura lieu, soit qu'il s'agisse d'une vente sans garantie, ou d'une vente aux risques et périls de l'acheteur, à une action en répétition fondée sur le défaut, ou plutôt la fausseté de la cause, les règles de cette action seront celles qui, de droit commun, régissent l'action en répétition d'un enrichissement fourni sans cause ou sur fausse cause.

Nous n'avons pas à les exposer en détail. Qu'il nous suffise de dire que les effets de cette action seront tout différents, selon que le défendeur aura été de bonne ou de mauvaise foi, selon qu'il aura ignoré, ou su, que l'enrichissement réalisé par lui pourrait lui être réclamé pour défaut de cause. Dans le cas de mauvaise foi, le juge devra tenir compte de la promesse tacite de restitution qui peut être relevée à la charge de toute personne enrichie sans cause, qui sait que cet enrichissement manque de cause ; il devra tenir compte aussi du dol et de la faute du défendeur. Si le défendeur est de bonne foi, au contraire, l'action n'aboutira qu'à la restitution de l'enrichissement encore subsistant au moment de l'action. Quoique l'on puisse dire, en effet, que l'action en restitution d'un enrichissement réalisé sans cause, tende à la valeur primitive de cet enrichissement, néanmoins le demandeur doit tenir compte au défendeur de tous les déboursés que celui-ci a faits pour obtenir cet enrichissement, et de toutes les diminutions qu'a subies cet enrichissement depuis le moment où il a été réalisé (84).

Avant de quitter la matière, qui nous occupe, des effets de la vente sans garantie *lato sensu*, je dois faire remarquer que, dans les cas où l'acheteur est, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus, autorisé

---

(84) L'application de ces règles présente, dans certains cas, une difficulté qui tout d'abord paraît insurmontable. Cette difficulté n'étant pas spéciale à l'hypothèse qui nous occupe, je veux dire à l'hypothèse d'une vente sans garantie, *sensu lato*, de la chose d'autrui, je crois bon de n'en parler que sous forme d'appendice. Voy. en conséquence l'Appendice III.

à refuser le paiement, ou, s'il l'a fait, à le répéter, sous prétexte de n'avoir contracté, ou de n'avoir payé qu'en vue d'une cause qui fait défaut, il se peut que le vendeur ait reçu soit la promesse, soit le paiement en pleine connaissance du défaut de cause de cet engagement ou de ce paiement.

C'est ainsi que l'acheteur sans garantie *sensu stricto*, qui, au moment du contrat, croit le vendeur propriétaire, peut légitimement prétendre qu'il ne s'est engagé que parce qu'il avait cette croyance. Or il se peut que le vendeur ait su, en recevant cette promesse, que la chose appartenait à autrui. — Dans ce même cas, si l'acheteur a payé dans la même croyance, qui l'a déterminé à contracter, il peut dire qu'il a payé sur fausse cause. Or il se peut que le vendeur se soit parfaitement rendu compte de cette fausseté de la cause du paiement. — De même, l'acheteur à ses risques et périls, qui, au moment du contrat, ignorait que la chose appartînt à autrui, peut dire qu'il ne s'est engagé que parce qu'il croyait que le vendeur était, sinon sûr d'être propriétaire, du moins incertain de son droit. Or il se peut que le vendeur se sût non propriétaire.

Dans tous ces cas, le vendeur a vraiment commis un dol. Le dol ne consiste pas seulement en des faits positifs. Il peut résulter du silence même que l'on garde dans certaines circonstances, où l'équité, la bonne foi fait un devoir de parler. Il me paraît que, dans les cas que nous venons de citer, le silence du vendeur, qui, recevant une promesse ou un paiement, qu'il sait dénués de cause, ne prévient pas l'acheteur, doit être considéré comme manifestement contraire à la bonne foi, comme constituant un dol.

Or ce dol est tel, que, sans la croyance dans laquelle il a contribué à entretenir l'acheteur, celui-ci n'eût pas contracté. Il faut en conclure que l'acheteur peut, en vertu de l'article 1116, demander l'annulation de l'engagement qu'il a pris, ou du paiement qu'il a effectué (85).

Si l'acheteur prend ce parti, il se trouvera, l'annulation prononcée, dans la situation où il serait, s'il n'avait pas contracté, ni payé. Notamment, s'il a payé, il recouvrera l'action en revendication de ses deniers, à supposer que ceux-ci se retrouvent en nature, etc.

Il faut remarquer que cette annulation n'aura aucun effet à l'égard du vendeur, en ce sens qu'aucun acte juridique émanant du vendeur ne se trouvera annulé du même coup. Il est vrai que, lorsqu'un acte

---

(85) Article 1116 : « Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, etc. »

juridique quelconque, obligation, ou aliénation, est annulé, par application des articles 1110 et suivants, les actes juridiques corrélatifs, émanant de la partie adverse, sont annulés en même temps. Mais, pour que ce principe puisse s'appliquer, il faut évidemment que cette partie adverse ait accompli quelque acte juridique susceptible d'être annulé. Or le vendeur, dont nous nous occupons, n'a accompli aucun acte juridique valable : les obligations de *dare* et de délivrer, auxquelles tendait son engagement, n'ont pas pris naissance ; quant à la livraison qu'il a pu faire, elle n'a, simple remise matérielle, rien de juridique, rien qui soit susceptible d'être annulé. L'annulation de l'obligation et, s'il y a lieu, du paiement de l'acheteur, permettra seulement au vendeur, qui aurait livré, d'agir en répétition de la chose, sous prétexte de n'avoir effectué cette livraison, que dans l'espoir que l'acheteur paierait et ne reviendrait pas sur ce paiement.

Je fais observer que l'acheteur, au lieu d'agir en nullité pour dol, peut se contenter d'agir *condictione sine causa.*

A supposer que le vendeur ait été amené à contracter, ou à livrer par la croyance qu'il était propriétaire, croyance faussement entretenue en lui par le silence de l'acheteur qui savait à quoi s'en tenir, le dol de cet acheteur, quoique incontestable, ne permettra pas au vendeur d'exercer une action en nullité fondée sur l'article 1116. Cela, par le motif que, ainsi que nous l'avons fait observer tout à l'heure, le vendeur n'a accompli aucun acte juridique susceptible d'être annulé.

ARTICLE II.

EFFETS DE LA VENTE AVEC GARANTIE.

Ces effets sont, d'après ce que nous avons dit dans notre chapitre premier : à la charge de l'acheteur, l'obligation de payer le prix ; à la charge du vendeur, l'obligation de garantir de l'éviction, celle de faire en sorte *ut res detur emptori*, celle de *dare* si la chose vient à devenir sa propriété (86).

Par le fait même que les parties, n'ayant point écarté la promesse *de evictione,* ont tacitement consenti à la naissance de l'obligation de garantir de l'éviction, laquelle ne peut avoir aucune utilité que si le vendeur n'est pas propriétaire, elles doivent être considérées comme ayant

---

(86) Nous faisons abstraction de l'obligation de garantir des vices ou défauts cachés de la chose vendue.

envisagé au moins comme possible le défaut de droit du vendeur. Il en résulte que, si l'une ou l'autre des parties a ignoré que la chose appartînt à autrui, elle ne peut prétendre se soustraire aux obligations qui la grèvent sous prétexte de ne les avoir contractées que parce qu'elle croyait le vendeur propriétaire.

Mais il me paraît que, si l'engagement de chacune des parties ne peut ainsi être regardé comme ayant été déterminé par la croyance que le vendeur était propriétaire, il faut admettre du moins que, lorsque l'une des parties savait que le vendeur n'était pas propriétaire, l'autre partie, qui l'ignorait, peut prétendre qu'elle n'aurait pas contracté si elle avait eu connaissance de cette certitude de son co-contractant.

D'où il suit que ce contractant, qui ignorait que la chose fût à autrui, pourra demander à être déchargé de ses obligations, comme les ayant contractées en vue d'une cause qui fait défaut. Cette demande devra être accueillie, soit qu'il n'y ait eu encore aucune exécution de sa part, soit qu'il ait déjà fourni quelque chose, — à condition, bien entendu, qu'il n'ait pas été détrompé antérieurement à cette exécution.

Au lieu de cette *condictio*, il pourra même exercer une action en nullité pour dol, car le fait de l'autre partie rentre dans les prévisions de l'article 1116 (87).

S'il prend ce dernier parti, les obligations de la partie adverse seront annulées du même coup. — S'il prend le premier, la partie adverse pourra demander à se soustraire à ses obligations, à répéter ce qu'elle aura fourni, car elle peut alléguer qu'elle n'a contracté et, le cas échéant, exécuté, que parce qu'elle espérait que son co-contractant ne se ferait pas décharger de ses propres obligations.

A supposer que ni l'une ni l'autre partie ne puisse se soustraire à la nécessité d'exécuter ses obligations, ou faire annuler et les siennes et celles de son adversaire, les obligations que nous avons énumérées comme dérivant de la vente avec garantie, produiront leurs effets. Nous allons les étudier, en commençant par celles du vendeur.

§ 1. — Obligations du vendeur.

Ces obligations, celles du moins dont nous avons à nous occuper, sont au nombre de trois : l'obligation de faire en sorte *ut res detur emptori*, l'obligation de garantir de l'éviction, enfin l'obligation conditionnelle de *dare si res venditoris erit*.

Nous les étudierons dans l'ordre dans lequel nous venons de les énumérer.

---

(87) Voy. le texte de cet article, note 85.

I. — Obligation de faire en sorte *ut res detur emptori.*

Cette obligation est invocable par l'acheteur indépendamment de toute tradition, je veux dire : que le vendeur ait procédé à un acte translatif de propriété, ou mieux à l'apparence d'un tel acte, — qu'il ait effectué la remise matérielle de la chose, — ou qu'il n'ait rien fait de pareil. S'il y a eu remise matérielle de la chose, elle est invocable indépendamment de toute éviction, je veux dire aussi bien antérieurement à l'éviction éventuelle que postérieurement à l'éviction réalisée.

L'acheteur, qui se prévaut de cette obligation, en demande normalement l'exécution en nature, c'est-à-dire demande que le vendeur s'arrange de manière que la propriété de la chose lui soit acquise, à lui, acheteur.

Faute par le vendeur d'exécuter en nature son obligation de la manière que nous venons de dire, l'acheteur peut en demander l'exécution par équivalent pécuniaire, avec la réparation du dommage que lui cause l'inexécution en nature, dans le cas où le vendeur est responsable de ce dommage.

L'exécution par équivalent pécuniaire d'une obligation n'est pas autre chose que la réparation du dommage, que le débiteur a pu, en s'obligeant, considérer comme devant résulter pour le créancier de la non-exécution en nature. Ce dommage doit être réparé par le débiteur, en vertu même de l'obligation contractuelle qu'il a assumée (88). A côté et en plus de cette valeur, le débiteur qui, par dol ou faute, a causé un dommage plus considérable au créancier, est tenu de le réparer (89).

C'est conformément à ces principes que nous allons déterminer le montant de la condamnation à prononcer contre le vendeur qui ne réussit pas à exécuter en nature son obligation de faire en sorte *ut res detur emptori.*

Parlons d'abord du dommage que le vendeur a dû considérer comme devant être la suite de la non-exécution en nature.

En premier lieu, le vendeur a su, en contractant, que, par suite de la non-exécution en nature, l'acheteur n'aurait pas la chose vendue elle-

---

(88) Voy. article 1150, dans lequel le mot dol doit évidemment être considéré comme comprenant et le dol proprement dit, et la faute. Art. 1150 : « Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

(89) Voy. art. 1151 et 1382.

même. Il en devra la valeur, telle qu'elle se comporte au moment de l'action intentée, ou mieux au moment du prononcé du jugement. Il devra donc les plus-values fortuites. Il devra également les plus-values dues à des dépenses effectuées par l'acheteur, à supposer qu'elles existent encore.

Il a dû prévoir aussi que, s'il n'était point rendu propriétaire, l'acheteur pourrait être actionné par le maître de la chose, et mis dans la nécessité de recourir contre lui-même, vendeur. Si ces prévisions se réalisent, il devra les frais de la demande du propriétaire et ceux de la demande en garantie.

En troisième lieu, la vente avec garantie de la chose d'autrui tendant à procurer, en toute hypothèse, à l'acheteur les avantages attachés à la possession, au domaine de la chose, on peut dire que l'acheteur a entendu acquérir, avec la chose, le droit de percevoir ou de ne point percevoir, à sa guise, les fruits de la chose, sans être de ce chef exposé à aucune obligation de restitution, et que le vendeur a consenti à lui assurer cet avantage. Le vendeur a donc dû prévoir que l'acheteur pourrait être obligé à certaines restitutions de fruits envers le propriétaire. S'il en est ainsi, si des restitutions de ce genre ont été exigées, le vendeur devra en indemniser l'acheteur.

Enfin il se peut que l'acheteur ait, au su du vendeur, destiné la chose à un certain usage déterminé, et que le vendeur ait, par le fait même, consenti à assurer cet usage. En pareil cas, si l'exécution par équivalent pécuniaire cause quelque dommage à l'acheteur, au point de vue de cet usage, le vendeur sera tenu de le réparer.

Telles me paraissent être les indemnités que l'acheteur peut réclamer au vendeur, au nom même de l'obligation contractuelle de ce dernier. Lorsqu'il les obtient, on peut dire que l'obligation du vendeur, au lieu d'avoir été exécutée en nature, est exécutée par équivalent pécuniaire. D'où il suit que, si les frais et loyaux coûts du contrat ont été mis à la charge de l'acheteur, celui-ci ne peut, de ce chef, rien réclamer au vendeur. Si les obligations de ce dernier avaient été exécutées en nature, l'acheteur eût supporté ces frais ; il obtient l'équivalent exact de cette exécution : pourquoi ne les supporterait-il pas ?

L'étendue de la condamnation du vendeur peut d'ailleurs être diminuée, par application d'un principe général, lorsque l'acheteur a, par son fait et sciemment, contribué à augmenter, à rendre plus onéreuse l'obligation du vendeur. C'est ainsi que l'acheteur a pu, en pleine connaissance de cause, sachant que la propriété de la chose n'appartenait pas au vendeur et ne lui avait par conséquent pas été transférée par ce vendeur, faire des dépenses, peut-être considérables, sur la chose. Ce

faisant, si ces dépenses ont procuré à la chose une plus-value, il a sciemment rendu plus onéreuse l'obligation du vendeur, qui doit, selon ce que nous avons dit, la valeur de la chose au moment de l'action. L'acheteur a donc causé au vendeur, par son fait et sciemment, un certain dommage; il en doit la réparation (art. 1382), c'est-à-dire qu'il ne pourra réclamer au vendeur la plus-value résultant de ces dépenses.

L'obligation du vendeur, comme toute obligation de réparer un dommage, est subsidiaire, en ce sens que, si le dommage en question se trouve ou peut être réparé par une autre voie, l'obligation est diminuée d'autant. C'est ainsi que la plus-value résultant des dépenses de l'acheteur ne sera due par le vendeur que déduction faite de ce que le propriétaire aura pu être obligé de fournir à l'acheteur du chef de cette plus-value.

D'un autre côté, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la condamnation, à prononcer contre le vendeur, peut ne pas se limiter à l'exécution, par équivalent pécuniaire, de son obligation contractuelle. A-t-il commis quelque dol, ou quelque faute, il devra la réparation du dommage qui aura pu en résulter pour l'acheteur. Que l'on suppose, par exemple, que le vendeur, en contractant, se sache non-propriétaire, et néglige d'en informer l'acheteur. Si celui-ci, qui se croit devenu propriétaire, ou qui du moins pense qu'il y a les plus grandes chances qu'il le soit, emploie ou destine la chose à un usage que le vendeur n'a pu prévoir, puis vient à en être dépouillé, le vendeur devra la réparation de tout le dommage qui aura pu en résulter pour l'acheteur. De même, il devra le remboursement de toutes les dépenses que l'acheteur aura faites sur la chose. — Mais, même ainsi coupable de dol ou de faute, le vendeur ne devra pas les frais et loyaux coûts du contrat, mis, par la convention, à la charge de l'acheteur.

Au lieu de demander l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, non exécutée en nature, le vendeur peut, conformément à l'article 1184, demander la résolution du contrat.

On sait, et nous avons dit, dans notre étude de droit romain, que les Romains n'admirent jamais, d'une manière générale, que la personne qui prenait part à un contrat synallagmatique dût être considérée comme ayant été déterminée à s'engager par l'espoir de voir l'obligation, née à la charge de l'autre partie, exécutée par elle. En d'autres termes, lorsque l'une des parties n'exécutait pas, l'autre ne pouvait demander à être déchargée de son obligation, ou à répéter ce qu'elle avait fourni (90).

---

(90) Voy. Thèse rom., Chap. IV, Art. III, § 1.

Le principe contraire est posé dans l'article 1184 (91), et l'on ne saurait trop y applaudir. Il est, en effet, extrêmement vraisemblable que ce qui détermine chacune des parties à contracter, c'est l'espoir de voir, non-seulement une obligation naître à la charge de l'autre partie, mais cette partie exécuter son obligation.

De droit commun, étant admis que chacun des contractants ne s'est engagé qu'en vue d'obtenir l'exécution des obligations de l'autre, il faudrait dire que, si l'une des parties n'exécute pas, son adversaire pourra exercer une *condictio* pour demander à être déchargé de son obligation, et pour répéter ce qu'il aura déjà fourni. L'article 1184 va plus loin. Au lieu de se borner à accorder une action tendant à soustraire celui qui l'exerce aux conséquences de son obligation, il permet à chacune des parties, dans le cas d'inexécution des obligations de l'autre, de demander, et au juge de décider que les obligations du demandeur soient considérées comme non-avenues, et qu'il en soit de même des actes juridiques d'exécution accomplis par lui. Il y a là quelque chose d'analogue à ce qui a lieu dans les cas d'erreur, de dol et de violence, prévus par les articles 1110 et suivants, cas dans lesquels nous avons vu que la *condictio sine causa* peut également être remplacée par une action, tendant à ce que celui qui l'exerce soit remis dans la même situation que s'il n'avait pas contracté.

Il y a cependant, dans le cas de l'article 1184, ceci de particulier, que l'éventualité de l'inexécution des obligations de chacune des deux parties peut être considérée comme ayant été prévue par elles, au moment même du contrat, de telle sorte que les dispositions de l'article 1184 peuvent être regardées comme voulues par elles, et admises par un pacte tacite. On peut dire que chacune des parties a stipulé qu'elle ne serait pas engagée dans le cas où, à défaut d'exécution en nature par l'autre partie, elle demanderait la résolution.

De là il suit que se prévaloir de l'article 1184, demander, comme on dit, la résolution du contrat, c'est en somme se prévaloir du contrat

---

(91) Art. 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts.

« La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

lui-même, d'une clause de ce contrat. Il en résulte que le droit d'agir en résolution n'est pas éteint au bout de dix ans, mais seulement par le laps de trente ans.

Quoi qu'il en soit, si nous cherchons à nous faire une idée de la portée, de l'objet exact de la clause tacite qui se trouve ainsi comprise dans tout contrat synallagmatique, il faut dire qu'elle ne se limite pas au contrat lui-même, aux obligations qui naissent de ce contrat, mais s'étend aux actes juridiques d'exécution de ces obligations. C'est ainsi que, si *Secundus* n'exécute pas ses obligations, *Primus* pourra faire déclarer non-avenues, non-seulement l'obligation, qu'il a contractée, de transférer la propriété par exemple, mais encore la translation même de propriété qu'il aurait accomplie, en exécution de son obligation. Car il est raisonnable d'entendre ainsi la clause de résolution, dont le but est évidemment de remettre la partie, qui obtient cette résolution, dans la même situation que si elle n'avait pas contracté ; or, si elle n'avait pas contracté, elle n'aurait pas non plus exécuté.

Je n'ai parlé que des actes juridiques d'exécution, excluant ainsi les actes d'exécution consistant en de simples faits sans caractère juridique : il est manifeste qu'il est impossible de les déclarer non-avenus, qu'une telle déclaration ne servirait à rien. Ce que le prononcé de la résolution produira à leur égard, ce sera de les faire considérer comme ayant été accomplis sans cause, et par suite d'ouvrir à leur auteur une *condictio sine causa*, pour réclamer, de celui au profit duquel ils auront été accomplis, la restitution de l'enrichissement qu'ils lui auront procuré.

Dans le cas particulier qui nous occupe, la résolution, prononcée au profit de l'acheteur, aura pour effet de le faire considérer comme n'ayant jamais été tenu de payer le prix, et, s'il l'a payé, comme n'en ayant pas aliéné la propriété. D'où il suit que, si les deniers se retrouvent en nature, il pourra les revendiquer. Sinon, il pourra, selon le droit commun, exercer une *condictio* pour réclamer l'enrichissement que le paiement aura procuré au vendeur. Etant donné, d'ailleurs, que ce vendeur a su qu'il pourrait être obligé de restituer cet enrichissement, et par suite peut être regardé comme ayant tacitement promis de le restituer éventuellement, la *condictio* aboutira à la restitution intégrale du prix payé.

En plus de la restitution du prix, s'il l'a payé, l'acheteur obtiendra encore la restitution de la moitié des frais et loyaux coûts du contrat, à supposer qu'ils aient été, par le contrat, mis en entier à sa charge. En effet, lorsque deux parties concluent une vente ou, en général, un acte qui entraîne certains frais, il faut, à défaut de conventions contraires,

expresses ou tacites. les considérer comme en assumant ensemble la charge, de telle sorte que, en fin de compte, chacune devra en supporter moitié. Si l'acheteur est, par le contrat, chargé de payer seul ces frais et loyaux coûts, il faut donc le considérer comme s'étant engagé envers le vendeur à supporter la moitié qui normalement devrait être à la charge du vendeur. Jusqu'à concurrence de la moitié, par conséquent, l'obligation de l'acheteur de payer les frais doit être regardée comme faisant partie du prix. Il faudra donc que le vendeur restitue à l'acheteur cette moitié.

Mais le vendeur ne devra rien d'autre, à supposer du moins qu'il soit exempt de dol et de faute. Ni, par conséquent, à raison des dépenses de l'acheteur. Le vendeur ne peut être tenu à raison de ces dépenses, que parce qu'il a pu prévoir le dommage qui résulterait pour l'acheteur de la non-exécution en nature de l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Or ce dommage prévu, il en doit la réparation, parce que cette réparation fait l'objet de l'obligation de faire en sorte *ut detur* non exécutée en nature. Mais précisément l'acheteur renonce à se prévaloir de cette obligation : il demande la résolution du contrat. — Le vendeur ne doit aucune réparation à raison des restitutions de fruits faites par l'acheteur : pour le même motif. — Ni à raison des frais de l'action qui a pu être exercée contre l'acheteur par le propriétaire, ou de l'action de l'acheteur contre le vendeur : toujours pour le même motif.

Si le vendeur a commis quelque dol ou faute, ayant porté préjudice à l'acheteur, il en devra la réparation. C'est ainsi que, s'il lui a caché son défaut de propriété, l'acheteur pourra demander la restitution de toutes les dépenses qu'il aura faites sur la chose, car il peut dire qu'il n'aurait fait aucune dépense, s'il avait su que la chose n'était pas devenue sa propriété. De même, il peut demander réparation du dommage que lui cause l'impossibilité, où il se trouve, d'employer la chose à l'usage auquel il la destinait. De même encore le vendeur devra supporter les frais de l'action intentée contre l'acheteur, s'il a été poursuivi, et les frais de la demande de l'acheteur contre le vendeur, car l'acheteur peut dire qu'il n'aurait pas accepté la livraison de la chose, s'il avait su qu'elle fût à autrui. — Mais, même en pareil cas, l'acheteur doit supporter la moitié des frais et loyaux coûts du contrat. Il demande, en effet, la résolution, ce qui est se prévaloir du contrat lui-même : il n'est que juste qu'il paie sa part des frais de ce contrat.

Il va sans dire que l'obligation du vendeur de réparer le dommage causé par son dol ou sa faute, est subsidiaire dans le sens où est telle toute obligation de réparer un préjudice quelconque. et que la condam-

nation, qu'il encourra, sera diminuée dans la mesure où l'acheteur aura sciemment rendu plus onéreuse l'obligation du vendeur.

La résolution peut être demandée par l'acheteur, alors même que l'obligation de faire en sorte *ut detur* n'est inexécutée en nature que partiellement. Par exemple, le vendeur obtient, de l'un des propriétaires par indivis de la chose, qu'il cède son droit à l'acheteur, et il ne l'obtient pas de l'autre. L'acheteur, quoique devenu propriétaire d'une partie de la chose, peut demander et obtenir la résolution, mais à la condition que l'inexécution porte sur une partie de la chose telle, qu'il soit évident que l'acheteur n'eût pas contracté pour n'obtenir en propriété que ce qu'il obtient. — Il faut mettre sur la même ligne le cas où le vendeur a traité sur une chose qui ne lui appartenait qu'en partie. En pareil cas, le contrat a fait naître à la charge du vendeur, l'obligation de *dare* la partie qui lui appartenait, et celle de faire en sorte que la propriété de la partie, qui ne lui appartenait pas, fût transférée à l'acheteur. Ce vendeur s'est donc trouvé tenu de deux obligations distinctes. Mais l'inexécution d'une seule obligation autorise l'autre partie à agir en résolution, lorsque l'objet de cette obligation est d'une importance telle, que cette autre partie n'eût pas contracté sans l'espoir d'obtenir l'exécution de cette obligation. Si donc la portion dont l'acheteur n'obtient pas la propriété est assez importante, il pourra demander la résolution du contrat.

L'obligation de faire en sorte *ut detur* ne peut plus être exécutée en nature, lorsque la chose perd son individualité, lorsqu'elle devient la propriété de l'acheteur, par exemple, par l'usucapion (92), en un mot lorsque la propriété de la chose ne peut plus être acquise à l'acheteur.

---

(92) En parlant ici de l'usucapion ou prescription acquisitive, j'entends que cette usucapion est parfaite par le seul écoulement du laps de temps, dans les conditions où ce laps de temps est susceptible d'y conduire (c'est-à-dire avec juste titre et bonne foi, ou sans titre, sans bonne foi, selon les cas). — On pourrait être tenté de dire qu'il faut de plus, pour que l'usucapion soit parfaite, qu'elle soit invoquée. Les juges, dit l'art. 2223, ne peuvent suppléer d'office le moyen tiré de l'usucapion ; cela ne revient-il pas à dire que, tant qu'elle n'est pas invoquée, elle ne constitue pas un droit acquis ? Bien loin que l'acquisition de la propriété se réalise au moment de l'expiration du laps de temps requis pour prescrire, elle ne s'opère qu'au moment où l'intéressé s'en prévaut. — Cette manière de voir doit être repoussée. Il est vrai que les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen tiré de l'usucapion. Mais pourquoi ? c'est que le possesseur peut renoncer à ce moyen, et que le silence qu'il garde sur ce moyen doit être considéré comme une renonciation. Ce n'en sera pas moins une renonciation à un droit acquis. Ce qui le prouve, c'est d'abord l'art. 2222

A supposer que cette impossibilité ne dérive ni du fait, ni du dol ou de la faute du vendeur, l'acheteur ne peut plus se prévaloir de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, pour en demander l'exécution par équivalent. Ce n'est là qu'une application du principe général de l'extinction de l'obligation dont l'exécution devient impossible par cas fortuit, principe dont les articles 1042, 1148, 1245 et 1302 contiennent des applications.

Mais, dans ce même cas d'impossibilité fortuite d'exécuter en nature l'obligation de faire en sorte *ut detur*, l'acheteur conserve en général le droit de demander la résolution de son engagement. Ce n'est là encore que l'application d'un principe général, qui peut se formuler ainsi : l'inexécution d'une obligation, provoquée par un cas fortuit, permet, comme toute autre inexécution, d'agir en résolution.

La vérité de ce principe, qui n'est pas communément admis, me paraît se dégager des considérations suivantes.

L'article 1184 ne distingue pas : c'est déjà là un sérieux motif pour l'appliquer même dans le cas où l'inexécution est le résultat d'un cas fortuit.

On objectera que, de cette manière, les risques ne seront pas pour le créancier, selon l'ancienne règle : *res perit creditori*. Mais je ne vois cette règle écrite nulle part. L'article 1138 semble bien prouver au contraire qu'elle n'est pas admise par le Code (93). L'obligation de livrer, dont il est question dans cet article, est, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (94), l'obligation d'accomplir un acte translatif de propriété. Le premier alinéa de l'article décide que, pour exécuter cette obligation, pour transférer la propriété, il suffit du seul consentement. Ce premier point établi, l'article continue en disant que la propriété de la chose est acquise au créancier, et que la chose est mise à ses risques « dès l'instant où elle (la chose) a dû être livrée ». Quelque obscure que soit cette formule, on ne peut douter que le moment où la propriété est

---

qui décide que, pour renoncer à l'usucapion, il faut être capable d'aliéner ; c'est ensuite l'art. 2225, qui décide que les créanciers peuvent opposer l'usucapion à la place de leur débiteur, alors qu'il est constant que les créanciers ne peuvent, d'une part, se prévaloir que des droits acquis de leur débiteur (art. 1166), et, d'autre part, attaquer que les actes et renonciations par lesquels il s'appauvrit (art. 1167).

(93) Art. 1138 : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes

« Elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore... etc. »

(94) Voy. plus haut Chapitre I, Proposition I.

acquise au créancier, soit celui où est intervenu le consentement des parties sur la translation de propriété. Or ce moment est, en vertu de l'article, celui-là même à partir duquel les risques sont pour le créancier. Ce qui revient à dire que les risques sont pour le débiteur jusqu'à ce que l'obligation soit accomplie. — La conclusion que nous venons de tirer de l'article 1138 est corroborée par l'article 1182, relatif aux risques en matière d'obligations sous condition suspensive (95). Cet article ne peut s'expliquer, dans toutes ses parties, et se concilier avec la théorie moderne de l'effet rétroactif de la condition accomplie qu'en s'entendant de la manière suivante. La condition réalisée, après la perte fortuite de la chose, l'obligation du débiteur est réputée avoir existé depuis le moment du contrat. S'engager sous condition, c'est consentir en effet à être tenu dès maintenant, ou pas du tout, selon que la condition arrivera ou n'arrivera pas. Le débiteur a donc été tenu. Si la chose existait encore, il devrait la fournir. Elle a péri fortuitement : son obligation s'est éteinte conformément à l'art. 1302. Je dis qu'elle s'est éteinte, — ce sont les propres termes de l'article 1182 2°, — c'est-à-dire que le créancier, qui n'en peut évidemment demander l'exécution en nature, n'en peut pas non plus demander l'exécution par équivalent. Cependant les risques ne sont pas pour lui (1182, 1°) : c'est dire que, malgré l'inexécution par cas fortuit, il ne sera pas forcé de payer, ou pourra répéter. « Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose, etc. ». Ce troisième alinéa de l'article 1182, qu'il faut évidemment restreindre au cas où les détériorations sont importantes, contient une application explicite de notre système. L'obligation du débiteur existe : elle existe si bien que le créancier peut en demander l'exécution. Cependant les risques sont pour le débiteur, et ils sont pour lui, parce que le créancier a le droit, dans le cas de dégradations sérieuses, équivalant à une non-exécution

---

(95) Art. 1182 : « Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

« Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

« Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution de prix.

« Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts. »

partielle de l'obligation, de demander la résolution du contrat, encore que cette non-exécution partielle résulte d'un cas fortuit.

A ces arguments, en faveur du droit de demander la résolution du contrat, alors même que la non-exécution en nature de l'obligation de la partie adverse dérive d'une impossibilité fortuite, s'ajoute encore un argument tiré de la rédaction de l'article 1184 lui-même. L'article prévoit un certain cas où, l'exécution étant devenue impossible, le créancier ne peut demander que la résolution. Je prétends que ce cas est celui où l'inexécution est la suite d'un cas fortuit. Dans tout autre cas, en effet, le créancier ne peut être réduit à la seule ressource de la résolution ; car, dans tout autre cas, l'obligation du débiteur subsiste, et, bien que, dans certaines hypothèses, l'exécution en nature n'en soit plus possible, le créancier peut toujours en demander l'exécution par équivalent pécuniaire. On ne peut trouver de cas où le créancier soit réduit à demander la résolution, que si l'on admet que l'article 1184 peut être invoqué dans l'hypothèse d'inexécution par suite d'impossibilité fortuite, hypothèse dans laquelle le créancier ne peut, en réalité, plus demander ni l'exécution en nature, ni l'exécution par équivalent pécuniaire.

S'il résulte du principe général, que nous venons d'établir (96), que l'acheteur a le droit de demander la résolution du contrat, même alors que l'impossibilité d'exécuter en nature l'obligation de faire en sorte *ut detur* ne tient ni au fait, ni au dol ou à la faute du vendeur, cela n'est cependant vrai que sous une importante réserve. Il faut que cette impossibilité d'exécution en nature ne dérive pas du fait de l'acheteur lui-même. De même, en effet, que le débiteur sous condition suspensive reste tenu, lorsque c'est lui qui fait défaillir la condition (art. 1178), de même le débiteur sous condition résolutoire doit rester tenu, lorsque c'est lui qui fait arriver la condition. Or l'acheteur est débiteur du prix sous la condition résolutoire d'inexécution de la part du vendeur ; si donc c'est lui qui provoque la réalisation de cette condition, il restera tenu de payer le prix.

---

(96) Ce principe pouvant se formuler ainsi : les risques sont pour le débiteur jusqu'à l'exécution, et pour le créancier depuis cette exécution, la justification, que nous venons d'en fournir, explique la différence que nous avons mentionnée plus haut (texte et note 68), au point de vue des risques, entre l'obligation à terme de *dare* purement et simplement, et l'obligation pure et simple de *dare* à terme. La première n'est susceptible d'exécution qu'à l'arrivée du terme : jusque-là les risques sont donc pour le débiteur. La seconde peut et doit être exécutée tout de suite ; sitôt cette exécution accomplie, les risques sont pour le créancier. — La même différence existe entre l'obligation conditionnelle de *dare* purement et simplement, et l'obligation pure et simple de *dare* sous condition, que la condition soit d'ailleurs entendue à la manière romaine, ou à la manière moderne. Cf., plus haut, texte et note 69.

Dans le cas où la résolution est prononcée, le vendeur peut répéter la chose qu'il a livrée à l'acheteur, quelle qu'ait été sa croyance relativement à la question de propriété, soit au moment du contrat, soit au moment de la livraison, et par conséquent alors même qu'il aurait eu conscience de son défaut de propriété, et lors du contrat, et lors de la livraison.

Ce recours ne dérive pas des règles de la résolution. Il est vrai que la résolution, prononcée au profit d'une partie, affecte aussi les obligations de l'autre. Celles-ci disparaissent, ou mieux cette autre partie se trouve n'avoir jamais été obligée. Du même coup, disparaissent également les actes juridiques d'exécution, qu'elle a accomplis, en tant qu'ils sont juridiques. Enfin les actes d'exécution non juridiques, se trouvant avoir été accomplis en vue de servir d'exécution à une obligation qui n'existe pas, une *condictio sine causa* est ouverte à celui qui les a accomplis. Dans le cas qui nous occupe, la résolution fait disparaître les obligations du vendeur. Mais la livraison n'a pas été faite en exécution de ces obligations, puisque le vendeur n'était pas tenu de livrer. Par conséquent, il ne peut être question pour le vendenr, contre lequel est prononcée la résolution, d'exercer la *condictio* qui naît, en vertu des règles de la résolution, au profit de celui qui a fait des actes, non juridiques, d'exécution.

Néanmoins, le vendeur a un recours. A-t-il été de mauvaise foi, il peut alléguer que, se sachant tenu de faire en sorte *ut detur*, il a livré parce qu'il pensait, d'une part, que l'acheteur demanderait l'exécution de cette obligation, et, d'autre part, qu'il pourrait l'exécuter en nature, prévisions qui se sont trouvées fausses. A-t-il été de bonne foi, il peut, laissant de côté tout autre moyen, prétendre que, à supposer même qu'il eût livré de mauvaise foi, il ne l'aurait fait qu'en vue et dans l'espoir que l'acheteur demanderait l'exécution en nature de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, et que lui, vendeur, parviendrait à l'exécuter en nature.

J'ajoute que, lorsque l'acheteur, au lieu de demander la résolution, demande et obtient l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, le vendeur a le même recours que dans le cas où la résolution est prononcée.

II. — Obligation de garantir de l'éviction.

Cette obligation n'est susceptible de produire quelque effet que lorsqu'il y a eu remise de la chose à l'acheteur, lorsqu'il y a eu délivrance, car ce n'est qu'à la condition d'avoir la chose en sa puissance et possession, que l'acheteur peut en être dépouillé.

On peut en quelque façon dire que l'obligation de garantir de l'éviction prend naissance par la livraison.

Il en faut conclure que, si la livraison a été faite par un vendeur qui se croyait propriétaire et par suite tenu de la faire, ce vendeur pourra alléguer qu'il n'a livré la chose et donné naissance à l'obligation *de evictione*, que parce qu'il se croyait obligé de le faire, et demander, par une *condictio sine causa*, à recouvrer la chose et à être déchargé de l'obligation de garantir de l'éviction. L'acheteur ne peut opposer, à cette *condictio*, d'exception fondée sur l'obligation *de evictione*, puisque précisément le vendeur demande à être déchargé de cette obligation. — Au lieu de cette *condictio*. le vendeur peut exercer une action en nullité pour cause de dol, si l'acheteur a reçu la livraison sachant le vendeur non propriétaire (97).

Cette *condictio* ou cette action en nullité n'aura d'ailleurs pas l'inconvénient de dépouiller l'acheteur de toute protection : il aura la ressource d'invoquer l'obligation de faire en sorte *ut detur* (98).

A supposer que le vendeur n'ait pas voulu ou n'ait pas pu revenir sur l'obligation *de evictione*, qui a pris naissance par la livraison, l'acheteur, si l'éviction se produit, par exemple, si la chose lui est enlevée par la revendication du propriétaire, pourra se prévaloir de cette obligation, pour demander au vendeur de l'indemniser du dommage que lui cause l'éviction, car c'est cette indemnité qui est l'objet propre de la promesse *de evictione*.

En l'absence de tout dol et de toute faute du vendeur, l'étendue de l'indemnité qu'il devra fournir à l'acheteur évincé, devra se limiter à la réparation du dommage qu'il a pu prévoir en contractant. C'est dire que, en vertu de l'obligation *de evictione*, l'acheteur obtiendra ce qu'il peut obtenir en demandant l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Le dol d'ailleurs et la faute du vendeur sont pris en considération, dans la même mesure que dans le cas où l'acheteur se prévaut de l'obligation de faire en sorte *ut detur*.

---

(97) Il peut être question d'action en nullité, car la livraison, ayant donné naissance à l'obligation de garantir de l'éviction, a été un acte juridique : il y a matière à annulation.

(98) A Rome, la *condictio sine cause* eût dû être admise, dans les mêmes circonstances, au profit du vendeur. Sans doute qu'elle était paralysée par une exception de dol, peut-être appelée *rei venditæ et traditæ*, car, si on l'eût laissée réussir, l'acheteur se fût trouvé sans protection, puisqu'il n'était pas admis que le vendeur fût tenu de faire en sorte *ut detur*.

Aussi, tant que celle-ci existe, peut-on dire que peu importe laquelle l'acheteur invoque. Elles rendent, en effet, les mêmes services, du moins en ce sens que l'acheteur obtient même condamnation, soit qu'il demande l'exécution par équivalent pécuniaire de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, soit qu'il demande l'exécution de l'obligation de garantir de l'éviction.

La résolution du contrat peut être demandée par l'acheteur sous prétexte d'inexécution de l'une ou de l'autre. Mais il faut remarquer que ces deux obligations ne sont pas inexécutées dans les mêmes circonstances. L'obligation de faire en sorte *ut detur* est inexécutée par le fait même que le vendeur ne procure pas la propriété à l'acheteur : celui-ci peut donc faire prononcer la résolution, sans avoir besoin de demander au préalable l'indemnité pécuniaire à laquelle il pourrait prétendre. Au contraire, l'obligation de garantir de l'éviction, portant précisément sur la réparation pécuniaire du dommage causé par l'éviction, n'est inexécutée que si cette réparation pécuniaire a été en vain demandée.

Ce dernier point soulèvera des contradictions. On dit en général que l'obligation de garantir de l'éviction a un triple chef, un triple objet : ne point troubler l'acheteur, — le défendre, — l'indemniser une fois l'éviction réalisée. De ces trois chefs, je ne trouve qu'un dans la loi: le dernier. Prétend-on que les deux autres en dérivent logiquement? Je le nie. Cela est manifeste pour le second : il n'y a rien de commun entre promettre d'indemniser des suites d'un certain événement, et promettre d'empêcher cet événement. Dire que le vendeur, par le fait même qu'il promet d'indemniser de l'éviction, s'engage à empêcher l'éviction, reviendrait à dire que les compagnies d'assurances contre l'incendie sont obligées d'empêcher les incendies. — Mais, me dira-t-on, la preuve que le vendenr est obligé de défendre est dans le Code de procédure. Cela est faux. Le Code de procédure parle, il est vrai, dans les articles 175 et suivants, de la possibilité pour l'acheteur d'appeler le vendeur en garantie. Mais il ne s'agit là vraiment que d'une assignation en déclaration de jugement commun, ayant pour but d'empêcher le vendeur d'attaquer plus tard, par la tierce opposition (99), le jugement qui inter-

(99) Notez qu'il s'agit vraiment de tierce opposition incidente dans l'article 1640, ainsi que le prouve le fardeau de la preuve imposé au vendeur, alors que, si le vendeur pouvait se borner à alléguer qu'il n'a pas été partie au procès pour que la chose jugée ne lui fût pas opposable, ce serait à l'acheteur à faire la preuve qu'il a fait valoir tous les moyens de défense susceptibles d'être employés.

viendra entre le propriétaire et l'acheteur (100). On comprendrait, jusqu'à un certain point, que l'on parlât d'obligation, pour le vendeur, de défendre l'acheteur, si celui-ci pouvait exiger que le vendeur prît son fait et cause. Or il n'en est rien. Il est vrai que l'acheteur peut demander sa mise hors de cause, mais dans quelles circonstances ? alors que le vendeur a déjà déclaré prendre son fait et cause, — ce qu'il est libre de faire ou de ne pas faire, — et alors seulement (art. 182 pr. c.). Quelle défense l'acheteur peut-il donc mettre à la charge du vendeur ? aucune. J'ai donc eu raison de dire que l'obligation du vendeur, de défendre l'acheteur, n'existe pas.

Quant au premier chef de l'obligation de garantie, je n'en trouve de trace nulle part dans la loi. D'un autre côté, on ne peut dire qu'il dérive de la promesse d'indemniser de l'éviction réalisée. Actionné par le vendeur, non encore dépouillé, comment veut-on que l'acheteur puisse, pour le repousser, invoquer une obligation qui ne sera échue que lorsqu'il aura été dépossédé de la chose ? — Notez bien que je ne prétends pas que le vendeur, devenu propriétaire, pourra enlever la chose à l'acheteur. Il sera repoussé, s'il s'avise de revendiquer, mais ce sera en vertu de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, ou mieux en vertu de l'obligation de *dare si res sua erit*, et non en vertu de l'obligation *de evictione*.

Il est donc certain que l'obligation de garantir de l'éviction consiste exclusivement dans l'obligation d'indemniser de l'éviction réalisée. La résolution ne peut donc être prononcée, sous prétexte d'inexécution de cette obligation, que si l'indemnité a été demandée en vain.

De cette idée, rapprochée du texte de la loi, il est possible de déduire un argument en faveur de l'existence de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, que nous considérons comme assumée par le vendeur avec garantie. En effet, la loi (articles 1630, 1631, 1636 ; cf. art. 1705) présente le droit de demander la résolution, comme pouvant être exercé sitôt l'éviction réalisée, sans qu'il soit nécessaire d'avoir demandé, au préalable et en vain, à être indemnisé du dommage causé par l'éviction. Or il ne saurait en être ainsi, si l'obligation *de evictione* existait seule. Il faut donc que, dans le cas d'éviction, il y ait inexécution d'une autre

---

(100) Je dis : qui interviendra entre le propriétaire et l'acheteur, car, alors même que le vendeur prend son fait et cause, et que l'acheteur se fait mettre hors de cause, il est représenté au débat : le vendeur n'est que son *procurator ad litem* et le jugement lui sera opposable. Il s'agit donc toujours bien d'un jugement entre le propriétaire et l'acheteur, que celui-ci cherche à rendre inattaquable par le vendeur, en l'appelant en cause.

obligation. Je ne vois pas quelle elle pourrait être en dehors de l'obligation de faire en sorte *ut detur*.

Nous avons dit que l'obligation de faire en sorte *ut detur* s'éteint lorsque la chose perd son individualité, ou est acquise à l'acheteur. Dès lors, en effet, il n'est plus possible de faire acquérir à l'acheteur la propriété de la chose.

L'obligation *de evictione* ne s'éteint pas de la même manière. Elle s'éteint, elle n'est plus susceptible d'aucun effet, lorsque l'éviction n'est plus possible.

Quand l'éviction ne sera-t-elle plus possible? Pour répondre à cette question, il faut bien déterminer d'abord ce que c'est que l'éviction.

L'éviction est, en général, une condamnation prononcée contre l'acheteur à raison de ce fait qu'il n'est pas devenu propriétaire de la chose. En donnant au mot éviction ce sens large, je ne fais que me conformer au droit romain, qui voyait une éviction dans toute condamnation encourue par l'acheteur par le motif qu'il n'avait pas été rendu propriétaire, sur quelque action qu'elle intervînt. (Voy. notamment la l. 25, Code, *de evictionibus*, VIII, 45).

Rechercher dans quels cas l'acheteur ne sera plus exposé à aucune condamnation de ce genre, c'est soulever la délicate question des rapports de l'acheteur et du propriétaire.

En droit romain, le propriétaire n'avait en général à son service qu'une seule action, la revendication. Il eût sans doute été logique d'accorder à ce propriétaire, à côté de la revendication, une *condictio sine causa*, car il est manifeste que l'acheteur, qui détient la chose d'autrui, est enrichi aux dépens du propriétaire de cette chose. Néanmoins les Romains n'accordaient pas cette action au propriétaire, sous le vain et futile prétexte que l'acheteur avait été enrichi sans le fait de ce propriétaire. Par exception, l'acheteur qui avait reçu livraison sciemment était soumis à une *condictio*, car il était considéré comme voleur (101).

En dehors de ce cas spécial, le propriétaire ne pouvait donc user que de la revendication. Or la revendication, en principe, ne se donnait, ou du moins ne pouvait aboutir à une condamnation, que contre celui qui avait la chose entre les mains, sans en être propriétaire. Elle s'éteignait, contre telle personne en particulier, par le délaissement de la chose, par la perte de son individualité, et par l'usucapion. Plus tard, sous l'influence du sénatus-consulte Juventien, le possesseur de mauvaise foi

---

(101) Voy., sur tous ces points, notre Thèse rom., chap. IV, article III, § 3.

resta soumis à la revendication, après la cessation de sa possession, mais l'usacapion continua de le soustraire à toute action du propriétaire (102).

Ce système était évidemment défectueux à plus d'un point de vue.

J'estime que le Code a admis un système infiniment plus rationnel, qui peut se formuler ainsi : à côté de la revendication, le propriétaire a, en toute hypothèse, une action en répétition de l'enrichissement sans cause, une *condictio sine causa*, contre celui qui détient sa chose.

Si notre doctrine est exacte, voici les conséquences qui vont en résulter.

Tant que la chose existera en nature, et ne sera pas devenue la propriété du possesseur, le propriétaire pourra, à son choix, exercer la revendication ou la *condictio*. Les deux actions auront en général les mêmes effets, contre le possesseur de mauvaise foi; c'est ainsi qu'à Rome, la revendication exercée contre le voleur, et la *condictio furtiva* avaient sensiblement les mêmes résultats. Il en sera autrement contre le possesseur de bonne foi : la *condictio* ne pouvant aboutir qu'à la restitution de l'enrichissement, le propriétaire aura, le plus souvent, avantage à exercer la revendication.

Jusqu'ici la *condictio* paraît dépourvue d'utilité. Aussi bien n'est-elle réellement avantageuse que lorsque la revendication est devenue impossible. Que la chose perde son individualité, sorte des mains du possesseur, ou devienne sa propriété, voilà la revendication devenue impossible, du moins elle ne peut plus aboutir à une condamnation. Je sais bien qu'en droit romain, la revendication survivait à l'extinction ou à l'aliénation de la chose par le possesseur de mauvaise foi. Mais c'était grâce à une fiction, qui n'a pas été reproduite dans notre droit. Il est donc vrai de dire que le possesseur cesse d'être tenu de la revendication, lorsqu'il aliène, lorsque la chose perd son individualité, ou devient sa propriété. C'est ici qu'apparaît l'utilité de l'action personnelle en restitution de l'enrichissement qui appartient, selon nous, au propriétaire contre le possesseur de la chose d'autrui. Sans doute il se peut que le même événement qui éteint la revendication, enlève toute utilité à la *condictio*, par exemple, si la chose périt entre les mains d'un possesseur de bonne foi, de telle sorte qu'il ne soit plus aucunement enrichi. Mais il arrivera souvent que la *condictio* survivra, pourra produire des effets utiles, après l'extinction de la revendication. Il en sera ainsi, contre le possesseur de bonne foi, s'il lui reste quelque enrichissement,

---

(102) Voy. Thèse rom., chap. IV, art. III, § 4.

— et, contre le possesseur de mauvaise foi, en toute hypothèse, car la *condictio* contre le défendeur de mauvaise foi survit à l'enrichissement, et produit les mêmes effets que l'action fondée sur une promesse de restitution.

Il résulte de là que le possesseur de mauvaise foi sera, nonobstant la perte ou l'extinction de la chose, nonobstant le délaissement qu'il en aurait fait, nonobstant l'usucapion, tenu envers le propriétaire de réparer tout le dommage que celui-ci éprouve à être privé de la chose.

Le possesseur de bonne foi, dans les mêmes circonstances, ne sera tenu que de la restitution de l'enrichissement subsistant entre ses mains au moment de l'action, lequel se calculera en défalquant de l'enrichissement primitif (c'est-à-dire de la valeur primitive de la chose), augmenté de tous les accroissements qu'il a reçus et qui se seraient produits au profit du propriétaire, les déboursés faits par le possesseur pour acquérir la chose, les moins-values, et enfin toutes les dépenses faites par le possesseur relativement à la chose.

Retenons de cet exposé des effets de la *condictio*, qui existe, selon nous, au profit du propriétaire contre quiconque détient sa chose, que cette *condictio* lui permet d'agir contre ce possesseur après l'usucapion accomplie, — cette *condictio* produisant d'ailleurs des effets différents, selon que l'usucapion a été accomplie de bonne ou de mauvaise foi (103).

Si j'attire spécialement l'attention sur ce point, c'est que le Code lui-même établit précisément un certain recours, au profit du propriétaire, contre celui qui a usucapé sa chose, lequel recours ne me paraît guère susceptible d'explication que dans le système que je viens d'exposer, et par suite aboutit à la justification de ce système tout entier.

Je dis que le Code admet un certain recours du propriétaire contre celui qui a usucapé sa chose. Cela me paraît résulter de l'article 1238 : « Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. Néanmoins le paiement d'une

---

(103) On me dira que j'enlève par là toute utilité à l'usucapion. — Cela est faux. D'abord en ce qui concerne l'usucapant de bonne foi : jusqu'à l'usucapion accomplie, le propriétaire pouvait lui enlever la chose sans avoir à s'inquiéter s'il l'appauvrissait ; désormais le ci-devant propriétaire ne peut plus lui enlever que son enrichissement, notamment il lui doit la restitution du prix déboursé pour acquérir la chose. Si l'usucapion s'est accomplie au profit d'un possesseur de mauvaise foi, il est vrai qu'elle n'améliore pas sa situation, ce possesseur restant tenu, après comme avant la prescription, de réparer tout le dommage éprouvé par le propriétaire de la chose. Cependant, même alors, l'usucapion ne reste pas dépourvue d'utilité. Que le possesseur qui a usucapé de mauvaise foi aliène la chose, au profit d'une personne de bonne foi, il sera fort important pour celle-ci que l'usucapion ait eu lieu.

somme d'argent, ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable de l'aliéner ».

Il peut paraître difficile de déterminer si l'art. 1238, dans sa seconde phrase, règle les rapports du créancier et du propriétaire, ou s'il règle ceux du créancier et du débiteur.

L'argument que l'on tire des mots : répéter le paiement, pour conclure que c'est du débiteur qu'il s'agit, ne signifie rien. Celui que l'on tire, dans le même but, du rapprochement de l'incapable, peut être rétorqué. On dit que l'incapable était débiteur, que c'est donc du débiteur qu'il s'agit. On peut dire aussi que l'incapable était propriétaire, qu'en conséquence c'est le propriétaire qui est visé par l'article.

Le doute est donc permis. Pour ma part, je crois que c'est du propriétaire que l'article s'occupe. Si, en effet, il parlait du débiteur, il serait en contradiction avec les principes les plus certains de notre droit.

En effet l'article accorde implicitement le droit de répétition d'une manière générale. Si donc il parle du débiteur, il faut dire que ce débiteur peut répéter, qu'il ait effectué le paiement de bonne, ou de mauvaise foi. Or le droit de répétition se comprend au profit du débiteur de bonne foi, mais il ne se comprend pas au profit du débiteur de mauvaise foi. Le débiteur de bonne foi, en effet, peut légitimement prétendre qu'il n'aurait pas payé, s'il avait su ne pas être propriétaire. Tout au contraire le débiteur de mauvaise foi ne peut, d'après les principes généraux, alléguer qu'il a remis la chose sur fausse cause, puisqu'il n'y avait aucune erreur de sa part. L'article 1238, si on voulait l'appliquer aux rapports de l'*accipiens* avec le *solvens*, serait donc en contradiction avec les règles générales. J'en conclus qu'il s'applique aux rapports du créancier avec le propriétaire.

Or, d'après les autres dispositions du Code, le propriétaire peut agir contre l'*accipiens* d'un meuble : 1° alors que celui-ci a reçu de mauvaise foi (art. 2279 combiné avec l'art. 1141) ; — 2° alors qu'il a reçu de bonne foi un meuble perdu ou volé (art. 2279, 2°) ; — 3° alors qu'il a reçu de bonne foi un meuble perdu ou volé, dans un marché, une foire, etc., à charge pour le propriétaire de restituer le prix (art. 2280).

Dans les deux premiers cas, l'action du propriétaire est une revendication ; dans le troisième, ce n'est pas une revendication, c'est une action fondée sur l'enrichissement sans cause, au détriment du propriétaire, de celui qui a reçu la chose d'autrui.

En dehors de ces trois cas, le propriétaire d'un meuble n'a, d'après les autres dispositions du Code, pas de recours contre l'*accipiens*.

L'article 1238 rappelle-t-il simplement ce triple cas de recours, ou bien dispose-t-il même pour les cas où ce recours n'existe pas ?

Il est certain que l'article 1238 ne se refère pas au moins à l'un des trois cas cités : c'est celui où l'*accipiens* a reçu de mauvaise foi la chose d'autrui. L'article, en effet, parle d'un recours qui s'éteint par la consommation de bonne foi. Or, dans le cas en question, la consommation n'éteint pas le recours du propriétaire, soit que l'on admette que, tant que la consommation n'a pas eu lieu, le propriétaire a, contre le détenteur de sa chose, l'action en revendication et une action personnelle tendant, à la fois, à la restitution de l'enrichissement et à la réparation du dommage, — auquel cas, la consommation éteint la revendication, mais laisse intacte l'action personnelle, — soit que l'on admette que le propriétaire, avant la consommation, n'a que la revendication, —car alors il faut admettre que la revendication reste possible contre le possesseur de mauvaise foi, même alors qu'il ne possède plus.

L'article 1238, qui dispose que la consommation de bonne foi soustrait le créancier à tout recours du propriétaire, ne s'applique donc pas au cas où le créancier a reçu de mauvaise foi.

Reste donc qu'il s'applique au cas de réception de bonne foi. Or, d'après les autres dispositions du Code, l'*accipiens* de bonne foi ne peut, ainsi que nous l'avons dit, être inquiété par le propriétaire que s'il s'agit d'une chose perdue ou volée, soit, en général, par une action en revendication, soit, dans le cas de l'article 2280, par une simple action personnelle.

Or il est bien vrai que, dans ces deux cas, la consommation de bonne foi enlève tout recours au propriétaire. La consommation, en tant qu'elle éteint la chose, fait disparaître la revendication. En tant qu'elle est la disparition même de l'enrichissement du possesseur, lequel est d'ailleurs de bonne foi, elle enlève toute portée, et toute utilité à l'action personnelle en restitution de cet enrichissement. L'article 1238 peut donc s'appliquer à ces deux cas. Mais est-il vraisemblable qu'il n'ait en vue que ces deux hypothèses? Evidemment non. L'article, en effet, est général, il ne comporte pas de distinction : dans tous les cas où l'on a effectué un paiement avec le meuble d'autrui, le propriétaire ne se trouve dépouillé de tout recours que par la consommation qui en est faite de bonne foi. Il en est par conséquent ainsi même dans le cas où ce meuble n'a été ni perdu, ni volé, et a été reçu de bonne foi en paiement.

Cette conclusion n'est-elle pas en contradiction avec l'article 2279 ? En aucune façon : on peut parfaitement appliquer concurremment la solution que nous avons tirée de l'article 1238, et l'article 2279. L'*acci-*

piens de bonne foi d'un meuble appartenant à autrui, mais n'ayant été ni perdu, ni volé, en devient propriétaire par le seul fait de la réception : voilà l'article 2279 appliqué. Malgré cela, le propriétaire aura contre cet *accipiens*, jusqu'à la consommation de bonne foi, un recours, qui sera forcément une action personnelle.

Situation singulière, dira-t-on. Pas si singulière : c'est celle dans laquelle l'article 2280 place celui qui a reçu, dans un marché, etc., une chose perdue ou volée. Dans ce cas aussi, l'*accipiens* est devenu propriétaire par la réception, — car sans cela le maître de la chose pourrait la lui reprendre sans avoir à lui rembourser le prix, — et pourtant ce maître a un recours contre l'*accipiens*.

Sur quel principe se fonde le recours qui appartient ainsi au propriétaire, ou plutôt au ci-devant propriétaire, d'une chose qui, n'ayant été ni perdue, ni volée, a été donnée en paiement à un *accipiens* de bonne foi, et par suite est devenue, conformément à l'article 2279, la propriété de cet *accipiens?* — On l'a deviné : ce ne peut être que sur le principe de la restitution de l'enrichissement réalisé sans cause au détriment d'autrui (104). En d'autres termes, le propriétaire d'un meuble, qui, jusqu'à la réception de ce meuble par un *accipiens* de bonne foi, peut le revendiquer, se trouve, il est vrai, empêché par cette réception d'exercer désormais l'action en revendication, mais il a le droit de réclamer au nouveau possesseur de sa chose la restitution de l'enrichissement que lui procure cette chose.

Voilà donc un cas où, contrairement à la doctrine romaine, la *condictio sine causa* est ouverte à une personne contre celui qui est enrichi sans cause à son détriment, encore qu'elle n'ait aucunement coopéré au fait de cet enrichissement. Or il n'y a aucune raison de voir, dans cette solution implicite, mais certaine, de notre Code, une décision exception-

---

(104) Il faut en conclure que le propriétaire devra rendre le prix. — On ne m'objectera pas que l'article 1238 ne dit rien de cette obligation. Son but en effet n'est pas de déterminer quelles actions le propriétaire d'un meuble peut exercer contre celui qui reçoit sa chose en paiement. L'article est parfaitement appliqué dans mon système : le propriétaire a un recours jusqu'à la consommation de bonne foi. Que ce recours soit soumis à des conditions particulières selon les cas, il n'y a rien là qui contredise l'article. L'article 2280 vient d'ailleurs à l'appui du système que j'adopte. Il n'est, dans ce système, qu'un cas d'application de la règle générale, d'après laquelle, après l'usucapion, l'usucapant reste comptable de son enrichissement. Le but de cet article n'est pas d'accorder, par exception, un recours au propriétaire, mais au contraire de faire rentrer le cas dont il s'occupe dans la règle générale (usucapion et *condictio*), comme si la chose n'avait pas été perdue ou volée.

nelle. Je ne crains pas de dire que, en tant que décision exceptionnelle, elle ne se comprendrait pas. Elle s'explique, au contraire, à merveille, si l'on consent à y voir une application pure et simple d'un principe général, celui-là même que j'ai formulé plus haut, savoir : que dans notre droit, à côté de la revendication, le propriétaire a, en toute hypothèse, une action en répétition de l'enrichissement sans cause, une *condictio sine causa*, contre celui qui détient sa chose.

Ce principe ainsi démontré, les rapports de l'acheteur de la chose d'autrui et du propriétaire seront ceux que nous avons hypothétiquement exposés plus haut, en supposant ce principe établi. Il en résulte, selon les explications que nous avons données, que le propriétaire a fort souvent action contre l'acheteur, alors même que la chose a perdu son individualité, ou est devenue la propriété de l'acheteur. L'exercice de cette action, à supposer qu'il soit suivi d'une condamnation, constituera une éviction, qui permettra à l'acheteur de se prévaloir de l'obligation de garantir de l'éviction assumée par le vendeur.

Peu importera d'ailleurs l'époque à laquelle se produira l'éviction, peu importera que plus de trente ans se soient écoulés depuis le contrat, — laps de temps au bout duquel l'obligation de faire en sorte *ut detur* sera éteinte, à supposer qu'elle ne l'ait pas été de quelque autre manière, — car la prescription de l'obligation *de evictione* ne court que du jour de l'éviction (article 2257) (105).

On voit que l'obligation de garantir de l'éviction survit souvent à l'obligation de faire en sorte *ut detur*. Cela répond à l'objection, que j'ai jusqu'ici passée sous silence, et qui consisterait à dire qu'admettre, à la charge du vendeur avec garantie, l'obligation de faire en sorte *ut detur*, c'est rendre inutile et absorber l'obligation de garantir de l'éviction.

Dans tous les cas où l'obligation *de evictione* existe seule, survit à l'obligation de faire en sorte *ut detur*, l'acheteur évincé peut demander la réparation du dommage que lui cause l'éviction, en tant que ce dommage a pu être prévu par le vendeur, plus, s'il y a lieu, la réparation du préjudice résultant du dol ou de la faute du vendeur. Faute d'obtenir ces indemnités, l'acheteur peut demander la résolution, sous prétexte

---

(105) Il est clair que, pour qu'une éviction soit possible, il faut que l'action du propriétaire contre l'acheteur ne soit pas éteinte par prescription. Or cette action, cette *condictio sine causa*, se prescrit par trente ans depuis l'entrée en possession de l'acheteur. Si nous parlons au texte d'éviction après plus de trente ans depuis le contrat, c'est, d'une part, que l'entrée en possession de l'acheteur a pu être postérieure au contrat ; c'est, d'autre part, que, en toute hypothèse, la prescription de la *condictio* a pu être interrompue ou suspendue.

d'inexécution de l'obligation de garantir de l'éviction. Même, dans les trente ans à partir du contrat, il peut demander la résolution directement, — je veux dire sans avoir au préalable à demander une réparation pécuniaire, — sous prétexte d'inexécution de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, encore que celle-ci soit par hypothèse éteinte : nous savons, en effet, que l'extinction de l'obligation n'empêche pas le créancier de pouvoir obtenir la résolution pour inexécution de cette obligation. Mais, une fois trente ans écoulés depuis le contrat, et ainsi éteint le droit de réclamer la résolution pour inexécution de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, l'acheteur ne peut plus agir avant d'être évincé.

Ce qui ne veut pas dire que l'acheteur devra attendre le bon plaisir de l'ancien propriétaire de la chose. Du moment, en effet, que l'acheteur apprend que la vente a porté sur la chose d'autrui, il est comptable, envers le propriétaire, de l'enrichissement qui subsiste à son profit. Cette obligation est immédiatement et à tout instant exigible ; elle est même tellement exigible que l'on peut dire que l'acheteur est en demeure, comme tous ceux qui retiennent sciemment un enrichissement sans cause, qu'en conséquence il doit les intérêts de la somme à laquelle se monte cet enrichissement (cf. art. 1378). Il est inadmissible que l'acheteur ne puisse se libérer de cette obligation, même contre le gré de celui envers lequel elle le lie. Sans doute, la dette de l'acheteur envers le propriétaire n'étant pas liquide, il ne peut être question d'employer la procédure des offres réelles et de la consignation, mais pourquoi l'acheteur ne pourrait-il pas actionner le propriétaire pour le forcer à prendre parti, à exercer tout de suite la *condictio sine causa* qui lui appartient contre l'acheteur, ou à y renoncer ? S'il y renonce, l'acheteur, désormais à l'abri de tout recours, n'aura plus que faire de l'obligation *de evictione* ; si, au contraire, il l'exerce, l'acheteur pourra se dire évincé et recourir contre le vendeur, ainsi qu'il a été dit plus haut, comme si l'action du ci-devant propriétaire avait été spontanée.

J'ajoute, pour finir sur l'obligation *de evictione*, que, en toute hypothèse, la condamnation prononcée contre le vendeur en exécution, ou la résolution accordée à l'acheteur pour cause d'inexécution de cette obligation, ouvrira au vendeur un recours, une *condictio sine causa*, pour réclamer à l'acheteur l'enrichissement qu'il lui a procuré en livrant la chose, car il peut alléguer que, s'il a livré, c'est qu'il espérait exécuter en nature l'obligation de faire en sorte *ut detur*.

III. — Obligation conditionnelle de *dare si res venditoris erit*.

Cette obligation n'est invocable que lorsque le vendeur est devenu propriétaire de la chose, soit à titre particulier, soit à titre universel.

Elle l'est d'ailleurs, que la chose ait été remise à l'acheteur, ou non. Dans le premier cas, elle peut être opposée, sous forme de moyen de défense, au vendeur qui s'aviserait de revendiquer contre l'acheteur.

Si le vendeur n'est devenu propriétaire que d'une partie de la chose, l'acheteur conserve le droit de demander l'exécution en nature, ou par équivalent pécuniaire, de l'obligation de faire en sorte que le reste de la chose lui soit acquis. Si le vendeur ne réussit pas à procurer à l'acheteur la propriété de la partie de la chose dont lui, vendeur, n'est pas devenu propriétaire, l'acheteur peut, au lieu de se contenter d'acquérir la propriété d'une partie de la chose, et de recevoir une indemnité pécuniaire en exécution de l'obligation de faire en sorte *ut reliqua pars detur*, demander la résolution de tout le contrat, à la condition, du moins, que cette *reliqua pars*, dont il n'obtient pas la propriété, soit assez importante.

Nous n'avons parlé, comme permettant d'invoquer l'obligation de *dare*, que du cas où le vendeur acquiert la propriété. Il faut mettre sur la même ligne le cas où le propriétaire de la chose vient à être tenu des dettes du vendeur, par ex.. s'il lui succède à titre d'héritier légitime, de légataire universel (en concours, ou non, avec des réservataires), d'enfant naturel ou de parent naturel, de conjoint (106). Ce qui fait, en effet, que le vendeur, qui acquiert la propriété, se trouve tenu de *dare*, c'est que l'obligation de faire en sorte *ut detur*, grevant un propriétaire, se résout en une véritable obligation de *dare* (107). S'il en est ainsi, les propriétaire de la chose qui vient à succéder au vendeur, et qui, tenu de dettes de ce vendeur, se trouve grevé notamment de l'obligation de faire en sorte *ut detur*, doit forcément être considéré comme tenu de *dare*.

J'ai supposé jusqu'ici que le propriétaire, succédant au vendeur, lui succède seul, et par suite pour le tout. Un mot du cas où il ne lui succède que pour partie (108).

---

(106) Il n'y a point de distinction à faire selon que le propriétaire succède au vendeur en l'une ou en l'autre de ces qualités. Dans tous les cas, en effet, il se trouve personnellement tenu des dettes du vendeur. — Il en serait autrement, s'il n'acceptait que sous bénéfice d'inventaire, car le bénéfice d'inventaire a pour conséquence que celui qui en use n'est pas tenu des dettes du défunt, qui continuent de ne grever, comme de son vivant, que son propre patrimoine.

(107) Voy. plus haut Chap. I, Proposition V.

(108) J'emploie toujours le mot: succéder au vendeur, dans le sens de: se trouver personnellement tenu des dettes du vendeur. En ce sens, le terme de successeur pour partie s'applique à la femme du vendeur qui, acceptant la communauté, se trouve grevée de moitié des dettes devenues dettes de communauté du fait du vendeur.

En pareil cas, l'obligation de *dare* ne le grève qu'en partie : l'acheteur ne peut lui réclamer qu'une partie de la chose, proportionnelle à la portion pour laquelle il est successeur. Si l'acheteur est nanti de la chose entière, le propriétaire pourra la lui réclamer, en tant qu'il n'est pas obligé de *dare*, ou mieux il pourra revendiquer pour le tout, sauf à se voir opposer, sous forme d'exception, l'obligation de *dare* qui le grève. Cette obligation ne portant que sur une partie de la chose, il est manifeste qu'il ne pourra se la voir opposer que relativement à cette partie et qu'il triomphera pour le surplus (109).

§ 2. — Obligations de l'acheteur.

Ces obligations se réduisent en général à celle de payer le prix.

Nous avons vu dans quels cas l'acheteur peut demander à être déchargé de son obligation de payer le prix, sous prétexte de s'être engagé sans cause, ou en demander l'annulation pour cause de dol du vendeur (110). Lorsque l'acheteur ne recourt pas à ces moyens, soit qu'il ne le puisse, ou ne le veuille, son obligation produit ses effets.

Ce qui ne veut pas dire qu'il puisse, en toute hypothèse, être forcé de payer immédiatement. Il ne peut, par application d'un principe général, être forcé de payer, si le vendeur n'exécute pas ses obligations. Or, étant donné qu'il s'agit d'une vente de la chose d'autrui, le vendeur n'exécute pas ses obligations en livrant la chose : ce qu'il doit, du moins tant que la chose a gardé son individualité et n'est pas devenue la propriété de l'acheteur, c'est de faire en sorte *ut detur*. Tant qu'il ne le fera pas, l'acheteur n'est pas tenu de payer son prix, et cela sans se prononcer sur le parti qu'il prendra en définitive, de demander l'exécution par équivalent pécuniaire de cette obligation, ou la résolution du contrat.

Si l'obligation de faire en sorte *ut detur* devient d'une exécution impossible, sans le fait de l'acheteur, il conserve, nous l'avons dit, le droit d'agir en résolution sous prétexte d'inexécution de cette obligation (111). Il trouve donc là un moyen de ne pas payer le prix, mais il ne peut plus le retenir sous prétexte de *non adimpletus contractus*,

---

(109) Une application intéressante se trouve dans le cas de la femme, qui accepte la communauté, alors que sa propre chose a été vendue par le mari.

(110) Voy. plus haut, le début du présent article II relatif aux effets de la vente avec garantie.

(111) Voy., plus haut, Chap. II, Article II, § 1, I.

car, l'obligation de faire en sorte *ut detur* n'étant plus susceptible d'exécution en nature, ni d'exécution par équivalent, il serait ridicule de parler de rétention du prix jusqu'à ce que le vendeur exécute.

Si l'impossibilité d'exécution de l'obligation de faire en sorte *ut detur* tient au fait de l'acheteur, celui-ci ne peut se prévaloir de l'inexécution de cette obligation pour demander la résolution (112). Dès lors, par application des principes, l'acheteur est tenu de payer son prix, encore qu'une éviction soit à chaque instant possible, car le vendeur, qui n'est plus tenu que de garantir de l'éviction, ne peut, tant qu'elle ne se produit pas, être considéré comme n'accomplissant pas ses obligations. L'article 1653 (113) ne saurait être invoqué par l'acheteur pour se soustraire à la nécessité de payer le prix, car cet article ne s'applique, en laissant de côté ce qui a trait à l'hypothèque, que lorsque l'acheteur est actionné *en revendication*, ou a juste sujet de craindre d'être actionné *en revendication*. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'y a plus de revendication possible (114).

Il se peut que l'acheteur paie son prix, avant que le vendeur accomplisse les obligations dont il est tenu.

Si ce paiement a eu lieu, de la part de l'acheteur, en connaissance de cause, il ne pourra certainement pas revenir sur ce paiement, sous prétexte de l'avoir fourni quoiqu'il pût le retenir, sans préjudice du droit qu'il conservera de réclamer l'exécution des obligations du vendeur ou la résolution de sa propre obligation et, par suite, du paiement effectué.

Mais l'acheteur a pu payer, parce qu'il croyait que le vendeur avait satisfait à ses obligations, quoiqu'il n'en fût rien. C'est ainsi que l'acheteur a pu recevoir livraison, croyant à tort le vendeur propriétaire, et payer dans la conviction d'avoir acquis la propriété de la chose. En pareil cas, l'acheteur pourra répéter son prix *condictione sine causa*, voire même agir en nullité du *paiement* pour cause de dol du vendeur, si celui-ci a reçu le prix, quoiqu'il sût fort bien que l'acheteur le payait sans cause.

L'acheteur, ayant obtenu cette restitution, gardera d'ailleurs le droit de demander l'exécution des obligations du vendeur, — sauf à être lui-même tenu de payer son prix, — ou la résolution du contrat.

---

(112) Voy. plus haut à l'endroit cité à la note précédente.

(113) Article 1653 : « Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix, jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera. »

(114) Voyez, sur l'article 1653, l'appendice IV.

CONCLUSION

Parvenu au terme de mes explications sur les caractères et les effets de la vente de la chose d'autrui, tels que je les conçois, je ne dirai pas, du système que je viens d'exposer, qu'il est un, qu'il est simple, qu'il tient heureusement compte de la doctrine romaine relative à la vente, encore moins dirai-je qu'il soit le seul système soutenable. A la vérité, je ne suis pas éloigné de lui reconnaître quelque mérite. J'en fais juge le lecteur qui aura bien voulu me suivre jusqu'ici. Aussi bien tous les jugements, que j'en pourrais formuler, seraient-ils fatalement suspects, et sans doute empreints de cette partialité dont il est malaisé, pour ne pas dire impossible, de se garder lorsqu'il s'agit d'apprécier ses propres conceptions.

Je ne puis cependant m'empêcher de faire remarquer que le système, que j'ai développé, a le grand avantage de rendre compte de tous les articles du Code, qui, de près ou de loin, ont trait à la vente de la chose d'autrui, sans les torturer, et sans en sacrifier aucun sous prétexte de contradictions, d'antinomies, dans la loi elle-même. Que l'on me permette, pour finir, de grouper ici ces articles, et de montrer avec quelle facilité ils s'enchâssent, pour ainsi dire, d'eux-mêmes dans notre système.

Aux termes de l'article 1582: « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Etc. » Ce qu'il faut entendre de la manière suivante : il y a vente par le seul fait que l'un promet de transférer la propriété d'une chose, et l'autre, de payer un prix, encore que cette opération, pour un motif ou pour un autre, ne donne point naissance à l'obligation de *dare*.

Lorsque la vente porte sur la chose d'autrui, l'obligation de *dare* ne naît point. La vente, telle qu'elle a été définie jusqu'ici, est donc de nul effet, lorsqu'elle porte sur une chose qui n'appartient pas au vendeur.

C'est ce que décide l'article 1599. dans sa première phrase : « La vente de la chose d'autrui est nulle ».

Il n'en faudrait cependant pas conclure que la vente de la chose d'autrui ne donne jamais naissance à aucune obligation contractuelle à la charge du vendeur.

En effet, qui vend est, sauf clause contraire, considéré comme ayant promis, non seulement de *dare*, mais encore de délivrer, de garantir de l'éviction, et de garantir des vices ou défauts cachés de la chose vendue (art. 1603 et 1625) (115), parmi lesquels il faut compter les servitudes non apparentes (art. 1638) (116).

Or, lorsque la vente porte sur la chose d'autrui, la promesse de délivrer ne donne, il est vrai, en général, naissance à aucune obligation, mais il en est autrement des deux promesses de garantie.

La promesse de garantir de l'éviction peut être écartée par les parties (article 1627) (117). — Quoique la promesse de garantir de l'éviction soit ainsi mise de côté, si la vente porte sur la chose du vendeur, si par conséquent l'obligation de *dare* est née, cette obligation le rend responsable de toutes les diminutions du droit de l'acheteur provoquées par le fait du vendeur. Tel est le sens de l'article 1628 (118). — Dans le même cas de stipulation de non-garantie de l'éviction, si la vente porte sur la chose d'autrui, le vendeur n'est ni tenu de *dare* ou de délivrer, par le fait même qu'il n'est pas propriétaire, ni de garantir de l'éviction, en vertu du contrat, ni enfin de garantir des défauts de la chose vendue, par suite de la non-existence de toute autre obligation (119). Il n'est donc tenu d'aucune obligation contractuelle. Il faut en conclure que, si l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui, il s'est obligé

---

(115) Article 1603 : « Il (le vendeur) a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. »

Article 1625 : « La garantie, que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose, ou les vices rédhibitoires. »

(116) Article 1638 : « Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité. »

(117) Article 1627 : « Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie. »

(118) Article 1628 : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel ; toute convention contraire est nulle. »

(119) Voy., plus haut, Chap. I, Proposition III, § 3. »

sans cause. Aussi peut-il, averti par l'éviction, qu'il subit, que le vendeur n'était pas propriétaire, répéter son prix (art. 1629) (120), et, si le vendeur a agi de mauvaise foi, réclamer des dommages-intérêts (art. 1599) (121), — ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'il ne puisse répéter avant d'avoir été évincé.

Lorsque la promesse de garantir de l'éviction n'a pas été écartée, elle reste sans utilité si la chose appartient au vendeur. Au contraire, son utilité apparaît, si la vente a porté sur la chose d'autrui. La protection assurée à l'acheteur ne serait pourtant pas complète, si le vendeur n'était pas considéré comme ayant de plus promis de faire en sorte *ut detur*. C'est cette dernière promesse qui explique que, dans le cas d'éviction, l'acheteur soit autorisé par les articles 1630, 1631 et 1636 (122), à demander directement la résolution du contrat, je veux dire sans être obligé de demander au préalable une indemnité pécuniaire, si mieux il n'aime se contenter d'obtenir la réparation du dommage qu'il subit, dans la mesure où le vendeur en est responsable (123), — ce qui ne veut d'ailleurs pas dire que l'acheteur doive, pour pouvoir invoquer l'obligation de faire en sorte *ut detur*, attendre d'être évincé.

---

(120) Article 1629 : « Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques. »

(121) Article 1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. »

(122) Article 1630 : « Lorsque la garantie a été promise ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution du prix ; 2°... ; 3°... ; 4° enfin les dommages-intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. »

Article 1631 : « Lorsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix. »

Article 1636 : « Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente. »

(123) L'étendue des réparations dues, en pareil cas, par le vendeur, étendue qui varie selon qu'il est, ou non, exempt de dol et de faute, est fixée par les articles 1630, 2°, 3° et aussi 4°, en tant que ce numéro parle de dommages-intérêts, 1633, 1634, 1635 et 1637, auxquels on peut encore joindre l'art. 1599, 2e phrase. Je crois inutile de transcrire ces textes, qui ne présentent pas de difficulté sérieuse.

APPENDICES

APPENDICE I

VENTE D'UNE CHOSE HYPOTHÉQUÉE

Lorsqu'une personne vend à une autre une chose grevée d'hypothèque, soit du chef du vendeur, soit du chef de quelque précédent propriétaire, quelle est la situation de l'acheteur ? Cette question est délicate ; elle me paraît en général fort mal résolue.

Avant tout, il importe de se faire une idée exacte de la nature du droit d'hypothèque, afin de savoir jusqu'à quel point il affecte la propriété de la chose, à laquelle il s'applique.

A Rome, le droit du créancier hypothécaire était expressément rattaché à l'idée de mandat : le créancier recevait du constituant le mandat de vendre à l'échéance s'il n'était pas payé. Evidemment ce mandat avait quelque chose de particulier : il était irrévocable, et ce caractère lui imprimait une physionomie toute particulière. Mais en dehors de ce caractère spécial, ce mandat était soumis aux règles ordinaires du mandat d'aliéner. C'est dire que, lorsque le créancier non payé usait, à l'échéance, du droit de vendre la chose, c'était en réalité le constituant qui aliénait, c'était son consentement qui, s'ajoutant à la mise en possession de l'acheteur, servait à transférer la propriété de la chose, si elle était *nec mancipi*, ou à mettre l'acquéreur *in causa usucapiendi*, si elle était *mancipi*. Sans doute ce consentement n'était pas actuel, mais il avait été donné d'avance, et, n'ayant pu être rétracté, à raison de l'irrévocabilité du mandat, il produisait son effet au moment où, par la mise en possession de l'acquéreur, se trouvaient réunies les autres conditions nécessaires à la translation de la propriété quiritaire ou de l'*in bonis*.

Ce que je viens de dire est plus spécial à l'hypothèque proprement dite. On voit que la constitution d'hypothèque contenait le germe d'une aliénation, sans cependant qu'il y eût tout de suite aliénation propre-

ment dite, pas même conditionnelle. Dans le cas de gage, au contraire, on peut dire qu'il y a, dès le moment de la mise en gage, une sorte d'aliénation conditionnelle. En pareille hypothèse en effet, à côté du mandat de vendre, qui existe comme dans le cas d'hypothèque, nous trouvons de plus une mise en possession du créancier. Ainsi se trouvent réunies, dès le moment de la constitution de la sûreté, les deux conditions de la tradition translative de propriété, savoir : le dessaisissement du propriétaire, et son consentement à l'aliénation. Ce consentement n'est pas, il est vrai, pur et simple, étant subordonné à une condition. Si l'on ne peut donc voir, dans la mise en gage, une aliénation dès maintenant consommée, on peut, et je crois qu'on doit y voir une aliénation conditionnelle au profit, non pas du créancier, mais de la personne encore incertaine de l'acquéreur éventuel, pour lequel le créancier reçoit la possession.

Aujourd'hui, la translation de propriété, soit pure et simple, soit conditionnelle, s'opérant par le seul consentement, ce qui à Rome était vrai du gage, doit être étendu à l'hypothèque. Il faut voir, dans la constitution d'hypothèque, une aliénation conditionnelle, consentie par le constituant au profit de l'acquéreur futur auquel la chose sera attribuée à la suite de l'exercice régulier du droit hypothécaire.

Ce point établi, il nous faut faire un pas de plus. L'aliénation sous condition ne produisait, à Rome, à l'arrivée de la condition, aucun effet rétroactif. L'acquéreur n'était point censé avoir été propriétaire depuis le moment de l'acte d'aliénation, mais seulement depuis le moment de l'accomplissement de la condition. Entre ces deux événements, la propriété avait continué de résider sur la tête de l'aliénateur ; elle ne disparaissait pas rétroactivement à l'arrivée de la condition, mais s'éteignait seulement pour l'avenir. De même les droits qu'il avait pu constituer sur la chose, la propriété qu'il avait transmise, *pendente conditione*, n'étaient point réputés, à l'arrivée de la condition, n'avoir jamais existé, ils ne faisaient que s'éteindre pour l'avenir. En aliénant une chose grevée d'hypothèque, on tranférait en réalité la propriété, il y avait vraiment dation. On pouvait donc valablement vendre une chose grevée d'hypothèque, et cela, qu'on le remarque, à supposer même que la vente contînt l'engagement du vendeur de *dare*, et qu'en général la promesse de *dare* une *res aliena* fût nulle, comme ayant un objet impossible.

Mais la propriété transmise, en exécution de la vente d'une chose hypothéquée, était susceptible de s'éteindre par l'arrivée d'une certaine condition, de telle sorte que l'acquéreur, quoique ayant été rendu propriétaire, n'obtenait pas les mêmes avantages que s'il n'y avait pas eu

d'hypothèque. Il est vraisemblable en conséquence que l'on appliquait à ce cas les règles admises dans le cas où la chose vendue se trouvait grevée d'une servitude. C'est-à-dire que le vendeur ne pouvait être actionné en raison de l'existence de l'hypothèque, que dans deux circonstances : d'une part, lorsque l'objet vendu avait été présenté comme libre d'hypothèque ; d'autre part, lorsque le vendeur avait, en connaissance de cause, vendu la chose à une personne qui ignorait l'hypothèque. En d'autres termes, l'hypothèque n'était pas un vice proprement dit. Elle était une de ces imperfections, dont on n'est responsable que lorsqu'on a affirmé spécialement qu'elles n'existent pas, ou lorsqu'on les a connues sans les déclarer.

Passons au droit actuel. Aujourd'hui l'aliénation sous condition a, en général, effet rétroactif. Il en résulte que les aliénations, constitutions de droits réels, consenties, *pendente conditione*, par l'aliénateur sous condition, sont, à l'arrivée de la condition, considérées comme n'ayant pas eu lieu. En est-il de même dans le cas qui nous occupe ? Je veux dire : l'aliénation consommée à la suite de l'exercice du droit hypothécaire, aliénation à laquelle le constituant a consenti antérieurement et sous condition, a-t-elle pour résultat de faire considérer comme non-avenue, l'aliénation consentie, *pendente conditione*, par le constituant ? Je ne le crois pas, ni dans le cas où l'adjudication a lieu après saisie ou après délaissement, ni dans le cas où elle a lieu après surenchère d'un dixième de la somme offerte par le tiers acquéreur qui purge. L'opinion dominante est en ce sens. Nous avons donc ici un reste de l'ancienne théorie de l'aliénation sous condition, c'est-à-dire une aliénation sous condition dénuée d'effet rétroactif.

De même qu'en droit romain, par conséquent, celui qui acquiert une chose hypothéquée, en acquiert dans tous les cas la propriété. Dans tous les cas, par conséquent, à supposer que le vendeur s'engage à *dare*, l'obligation de *dare* contractée par le vendeur d'une chose hypothéquée a été valable, et a pu être accomplie. Mais, de même qu'à Rome, cette propriété acquise par l'acheteur, est susceptible de s'éteindre, et c'est là une imperfection notable du droit qui lui a été transmis.

Dirons-nous que les choses se passeront comme à Rome ? Non. De même que l'existence d'une servitude de telle importance que l'acheteur n'aurait pas contracté, s'il l'avait connue, est à considérer comme un vice dont le vendeur est responsable, à moins de clause contraire, nous dirons que l'existence d'une hypothèque, inconnue de l'acheteur, permettra à celui-ci d'exercer contre le vendeur les actions en garantie contre les vices ou défauts cachés de la chose vendue. Au contraire, si

l'acheteur a connu l'existence de l'hypothèque, il n'aura, selon nous, aucun recours contre le vendeur. Tenu de payer tout de suite son prix au vendeur, il restera exposé aux poursuites des créanciers hypothécaires, sauf son recours contre le *débiteur*, une fois que celui-ci aura été libéré au détriment de l'acquéreur ; mais il n'aura aucun recours contre le *vendeur*. En d'autres termes, nous appliquerons purement et simplement à l'hypothèque, les règles relatives aux servitudes. Bien entendu, ces règles s'appliqueront intégralement, je veux dire notamment que : d'une part, une clause expresse de non-garantie des hypothèques, ou en général des vices, dispenserait le vendeur de toute responsabilité, sauf dans le cas où il aurait connu l'hypothèque ; — d'autre part, l'acheteur, quoique connaissant l'hypothèque, pourrait se réserver un recours contre le vendeur, en stipulant expressément garantie de ce chef, comme il pourrait stipuler garantie d'un autre vice connu et déclaré.

Cette doctrine n'est point celle que l'on enseigne généralement. Les auteurs sont assez enclins à admettre le recours de l'acheteur contre le vendeur, alors même que le premier a connu l'existence de l'hypothèque. Mais rien dans la loi n'autorise cette manière de voir. Il n'est notamment pas possible de l'appuyer sur cette considération que l'éviction de l'acheteur dériverait d'un fait personnel du vendeur, qui aurait pu l'empêcher en payant les dettes. Cet argument est des plus faibles. D'abord ce n'est pas un fait, c'est une abstention du vendeur qui permet à l'éviction de se réaliser. Ensuite, s'il s'agit ici de garantie du fait personnel du vendeur, aucune convention ne pourra l'en décharger. Or cela est démenti par l'article 1653.

Remarques. — Pour nous :

L'article 2178 est exact. C'est contre le *débiteur*, que les faits énumérés en l'article ouvrent un recours de l'importance fixée par l'article.

L'article 2191 doit s'entendre du vendeur *tenu de la dette*, et non pas du vendeur en tant que vendeur.

L'article 1653 s'appliquera dans le cas où l'acheteur aura ignoré l'hypothèque. S'il l'a connue, on peut dire qu'il y a eu convention l'obligeant à payer nonobstant le trouble, et il ne pourra retenir son prix.

APPENDICE II.

DES CONTRATS PASSÉS PAR UN INCAPABLE.

On dit en général que le contrat passé par un incapable est entaché de nullité relative, et par là on entend que l'engagement de l'incapable, valable pour le moment est exposé à disparaître si l'incapable invoque

son incapacité. Je crois que cette théorie — contraire au droit romain, d'après lequel l'engagement pris par un incapable était nul dès le début, inexistant, — contraire également à l'ancien droit, qui, à côté de la rescision pour lésion admise au profit des mineurs relativement aux actes valablement passés par eux ou leur tuteur, admettait aussi une nullité immédiate, pour incapacité, des actes faits sans l'intervention du tuteur, — est formellement condamnée par l'article 502, qui déclare que les actes passés par l'interdit sont *nuls de droit,* ce qui ne peut s'entendre d'une rescision analogue à celle qui a lieu dans les cas d'erreur, violence, etc., cas dans lesquels l'acte n'est point nul de droit (art. 1117). Il faut, en présence de cet article 502, décider que l'acte fait par un interdit, ou en général par un incapable, est nul, inexistant.

Cependant cette inexistence ne peut être invoquée que par l'incapable (art. 1125, 225, etc.). — Il faut en conclure d'abord que l'obligation contractée par l'autre partie n'est pas inexistante, car il est évident que, si elle était inexistante, cette partie pourrait s'en prévaloir. Cela n'a rien que de très naturel. Car où serait le motif de cette inexistence ? On ne saurait en découvrir d'autre que l'incapacité du stipulant ; mais il serait contraire au bon sens de rendre quelqu'un incapable de stipuler, de rendre sa condition meilleure.

On ne m'objectera pas que l'obligation de celui qui traite avec un incapable est nulle pour défaut de cause, car je n'admets précisément pas que le défaut de cause rende nul l'acte dépourvu de cause. Le défaut de cause donne seulement lieu à une action personnelle par laquelle l'auteur de l'acte peut demander à être remis dans la même situation que si l'acte n'avait pas eu lieu. Voyez sur ce point, Chap. I, Proposition VII.

L'obligation de celui qui a contracté avec l'incapable est donc valable. Ce premier point acquis, il faut faire un pas de plus. En admettant que l'incapable ne s'est pas obligé, mais a acquis une créance, le co-contractant devrait pouvoir, au moins s'il a traité de bonne foi, alléguer qu'il s'est engagé sans cause, et par suite demander à être déchargé de son obligation. Mais ce serait contraire à l'art. 1125, car ce serait invoquer la nullité de l'obligation de l'incapable. Il n'a donc pas le droit d'agir *condictione sine causa.* Comment cela peut-il se faire ?

J'estime que c'est par suite d'un tempérament, déjà admis à Rome, et en vertu duquel l'incapable était le maître de laisser la nullité, l'inexistence de son obligation produire ses effets, ou d'obliger son co-contractant à accepter un nouvel engagement valable. En d'autres termes, l'incapable n'est pas obligé, mais il est le maître de s'obliger, sans que l'autre partie puisse refuser de recevoir cet engagement. Que

si cet engagement est pris, le co-contractant, ayant obtenu ce à quoi il tendait, ne peut alléguer aucun défaut de cause. — C'est en ce sens qu'il faut entendre la règle posée par les art. 1125 et 225 : l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité de l'acte qu'il a passé.

Ces articles n'empêchent pas, si l'incapable invoque la nullité, le co-contractant d'agir *condictione sine causa*, pour obtenir la restitution de ce qu'il aura aliéné. En effet, s'il était de bonne foi, il ne s'est engagé qu'en vue d'acquérir une créance valable; — s'il était de mauvaise foi, il ne s'est engagé que parce qu'il espérait que l'incapable ratifierait, ou mieux prendrait à nouveau et d'une manière valable, l'engagement primitif sans effet.

Dans le même cas de mauvaise foi, j'estime que le co-contractant peut prendre l'initiative de mettre l'incapable en demeure de se prononcer. — Il faut en dire autant s'il a été de bonne foi. On pourrait croire qu'il a, en pareille circonstance, un droit plus étendu, je veux dire le droit d'agir *condictione sine causa* sans que le résultat de cette action dépende du choix de l'incapable. On pourrait dire, en effet, qu'il ne s'est engagé qu'en vue d'acquérir une créance valable, qu'en fait il n'est pas devenu créancier, et que, quoi qu'il arrive, l'engagement de l'incapable restera nul, car celui-ci peut tout au plus prendre un nouvel engagement, mais ne pourra jamais donner la vie à celui en vue duquel le co-contractant s'est obligé. Ce serait là, à mon sens, une exagération. Peu doit importer au co-contractant que l'engagement primitif de l'incapable soit valable, ou que celui-ci ne soit tenu que par un nouvel engagement équivalent. Ce qu'il a eu en vue, c'est que l'incapable fût obligé. Il n'a donc plus de défaut de cause à alléguer, si l'incapable use de son droit de prendre un nouvel engagement. Le seul droit, par conséquent, qui puisse appartenir au co-contractant, même de bonne foi, c'est de mettre l'incapable en demeure de se prononcer.

J'ajoute que ce droit de mettre l'incapable en demeure de se prononcer, qui appartient au co-contractant de bonne ou de mauvaise foi, pourra être opposé, sous forme d'exception, à l'incapable qui demanderait l'exécution de l'obligation de ce co-contractant.

APPENDICE III.

EXAMEN D'UNE DIFFICULTÉ QUE PRÉSENTE, DANS CERTAINS CAS, L'APPLICATION DES RÈGLES DE LA *condictio sine causa*.

Le défendeur de bonne foi à l'action en restitution de l'enrichissement réalisé par lui sans cause, ne peut, avons-nous dit, être condamné à la restitution de cet enrichissement, qu'à la condition que le demandeur

lui tienne compte de la dépense qu'il a primitivement faite pour obtenir cet enrichissement.

Lorsque cette dépense a été faite au profit d'un tiers, il n'y a pas de difficultés : le demandeur doit en tenir compte, c'est-à-dire que la condamnation sera diminuée d'une quantité égale à la valeur qu'avait, au moment où elle a été déboursée, la chose dépensée par le défendeur.

Au contraire, lorsque, et ce sera le cas le plus fréquent, la dépense a été faite au profit du demandeur lui-même, et en vue de la même cause qui a déterminé ce demandeur à s'appauvrir, une difficulté très grave se présente. Le jeu des principes du droit semble aboutir à une véritable antinomie.

Voici cette antinomie. Le défendeur a, selon ce que nous avons dit, droit à l'intégralité de sa dépense, telle qu'elle se comportait au moment où elle a été faite. D'un autre côté, s'il a fourni en vue de la même cause qui a déterminé le demandeur, ce même défendeur, étant de bonne foi, a le droit de prendre l'initiative d'une *condictio sine causa* pour réclamer à l'autre partie, précisément ce qu'il lui a fourni. Mais, par cette action, il n'obtiendra pas nécessairement l'intégralité de sa dépense ; il n'obtiendra que ce qui subsiste entre les mains de celui qui a reçu, lequel est nécessairement de bonne foi, puisque nous supposons qu'il a le droit d'agir *condictione sine causa*.

Pour prendre un exemple dans la matière qui fait l'objet de ce travail, supposons que *Primus* a acheté de *Secundus*, sans garantie, une chose qui n'appartient pas à ce dernier. *Secundus*, se croyant propriétaire, livre la chose ; *Primus*, partageant son erreur, paie le prix, que je suppose égal à 100. Paiement de la somme d'argent et remise de la chose ont eu lieu sans cause. *Primus* peut prendre l'initiative de répéter la somme d'argent qu'il a payée, et *Secundus*, celle de réclamer la chose, qu'il a livrée.

Au bout d'un certain temps, l'une et l'autre partie est détrompée : elle apprend que *Secundus* n'était pas propriétaire.

Or, à ce moment, *Secundus* a perdu 10 sur les 100 qu'il avait reçus. D'un autre côté, la chose, entre les mains de *Primus*, a diminué de valeur, elle ne vaut plus que 84. Voyons ce qui va se produire.

Si *Primus* agit seul, *condictione sine causa*, il doit, par application des règles que nous avons posées, recevant 90, c'est-à-dire ce qui reste à *Secundus*, lui restituer 100, c'est-à-dire la valeur primitive de la chose que *Secundus* a fournie pour recevoir le prix.

D'un autre côté, si *Secundus* agit seul, il doit, recouvrant la chose, qui ne vaut plus que 84, restituer à *Primus* 100, c'est-à-dire le prix que celui-ci a payé pour recevoir la chose.

Est-il admissible que l'étendue des restitutions varie ainsi selon que chacune des parties jouera le rôle de demandeur ou de défendeur ? Cela n'est pas possible. Mais comment échapper à ces résultats ?

Il me paraît que cette difficulté peut être tournée, et que le demandeur peut sauvegarder ses intérêts de la manière suivante.

Supposons que ce soit *Primus*, l'acheteur, qui prenne l'initiative de répéter la somme d'argent qu'il a payée sans cause. Il a lui-même reçu sans cause la livraison de la chose, il pourrait donc être actionné en restitution par l'autre partie.

Cela posé, qu'au moment où il exerce la *condictio sine causa* contre *Secundus*, il demande que celui-ci exerce la *condictio sine causa* qui lui appartient contre lui-même, *Primus*.

Cette prétention articulée, de deux choses l'une : ou bien le défendeur obtempérera à cette demande, il exercera la *condictio*, qui lui appartient, sous forme de demande reconventionnelle ; — ou bien il ne l'exercera pas.

S'il l'exerce, le juge va avoir deux demandes à juger, deux condamnations à prononcer. La première, celle à prononcer contre *Secundus*, le défendeur primitif, portera sur ce qui lui reste de la somme d'argent reçue, moins la valeur primitive de la chose ; la seconde, celle à prononcer contre *Primus*, le demandeur primitif, portera sur ce qui lui reste de la chose, moins la somme d'argent versée par lui.

Ainsi ces deux condamnations devront être diminuées chacune d'une certaine quantité, l'une, de la valeur primitive intégrale de la chose, l'autre, de la somme d'argent versée intégrale.

Mais ces deux quantités sont égales, sinon en soi, du moins pour les parties, qui les ont elles-mêmes, en contractant, considérées comme parfaitement équivalentes. On peut donc en faire abstraction, et condamner *Secundus* à restituer ce qui lui reste de la somme d'argent, et *Primus*, à restituer ce qui lui reste de la chose, — sauf à établir une compensation, au moins partielle, si cela est possible (par exemple, si, la chose ayant été aliénée, *Primus* est comptable d'une somme d'argent), et à ne prononcer, en fin de compte, qu'une seule condamnation.

C'est ainsi que, dans l'exemple que nous avons donné, les deux actions étant intentées simultanément, *Primus* doit recevoir 90, en tant que demandeur, plus 100, en tant que défendeur à la demande reconventionnelle de *Secundus ; Secundus* doit recevoir 84, c'est-à-dire la chose, en tant que demandeur reconventionnel, plus 100, en tant que défendeur à l'action exercée par *Primus*. Il y aura compensation entre les deux sommes de 100 que les parties se doivent réciproquement, et

Primus, recevant 90, rendra la chose, c'est-à-dire 84, tandis que *Secundus*, recouvrant cette chose, égale à 84, devra restituer 90.

Si *Secundus* refuse d'intenter la *condictio* qui lui appartient, c'est qu'il renonce à l'exercer. — On me dira que, sans y renoncer, il peut refuser de l'exercer en ce moment, se réservant de l'exercer plus tard. Mais il faut remarquer que *Primus*, en le sommant d'exercer l'action en question, use d'un droit. Il est débiteur, en effet, de *Secundus*, et débiteur d'une dette non liquide. Comme tel, il faut lui reconnaître le droit de mettre son créancier en demeure d'agir. Sans doute le créancier ne peut être forcé d'exercer l'action ; mais, s'il ne l'exerce pas, il doit être considéré comme y renonçant.

Mais, de la part de *Secundus*, renoncer à la *condictio* qui lui appartient contre *Primus*, c'est renoncer à se prévaloir de la circonstance, qu'il a fourni quelque chose à *Primus*. D'où il suit qu'il ne peut être admis, dans l'action exercée contre lui par *Primus*, à se faire tenir compte de ce qu'il a fourni. C'est-à-dire que la condamnation qu'obtiendra *Primus*, se calculera comme si *Secundus* n'avait rien déboursé pour obtenir l'enrichissement qu'on lui réclame.

On voit que, par le moyen que nous avons indiqué, sera évité, quelque parti que prenne *Secundus*, l'inconvénient que nous avons signalé.

Je remarque que cet inconvénient ne peut se produire, lorsque l'enrichissement sans cause a été réalisé par une personne de mauvaise foi. En effet, en pareil cas, la promesse tacite que cet *accipiens* a faite de restituer, l'obligeant à restituer ce qu'il a reçu, sans limitation, ni restriction, a pour effet d'empêcher qu'il lui soit tenu compte des déboursés qu'il a faits, pour obtenir ce qu'il a reçu, soit au profit du demandeur, soit au profit d'un tiers. J'ajoute qu'il lui restera la ressource d'exercer une *condictio sine causa*, par voie d'action principale, pour réclamer ce qu'il a déboursé, en tant que le demandeur en est encore enrichi, sous prétexte de n'avoir fourni qu'en vue et dans l'espoir que le demandeur ne lui réclamerait pas ce qu'il lui avait fourni, espoir qui a été déçu.

Par exemple, en supposant, dans l'hypothèse que nous avons présentée plus haut, que *Secundus* ait sciemment vendu la chose d'autrui, voici les résultats auxquels nous aboutirons. *Primus* aura le droit de réclamer à *Secundus* les 100 qu'il lui a payés, bien qu'il ne lui reste que 90, et sans que *Secundus* ait le droit de se faire restituer la chose dans sa valeur primitive. Cependant, une fois condamné ainsi à restituer à *Primus* le prix versé par lui. *Secundus* pourra réclamer à *Primus* la restitution de la chose, dans son état actuel, en alléguant qu'il ne l'avait livrée que dans l'espoir que *Primus* paierait le prix et n'en demanderait pas le remboursement, espoir qui a été déçu.

APPENDICE IV

ARTICLE 1653

L'article 1653 est ainsi conçu : « Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix, jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera. »

Cet article, parlant du trouble causé par une action, et de la possibilité d'être troublé par une action intentée contre l'acheteur, n'exige pas, pour l'application de la décision qu'il donne, qu'il soit dès à présent certain que l'action, qui est ou qui pourra être intentée, aboutira. On ne peut donc exiger que cette certitude existe, pour que l'article s'applique. Mais d'un autre côté, l'article ne dit pas non plus qu'il ne s'applique que lorsqu'il y a incertitude sur le bien-fondé de l'action qui est ou qui sera intentée. On ne peut donc limiter l'application de l'article au cas où l'acheteur se trouvera dans une telle incertitude.

De sorte que l'article pourra s'appliquer lorsqu'une action hypothécaire ou en revendication sera intentée, ou devra vraisemblablement être intentée, soit que l'acheteur fournisse, ou ne fournisse pas, la preuve du bien-fondé de l'action en cours ou éventuelle.

Ce qui ne veut pas dire que, s'il peut fournir la preuve du bien-fondé de l'action en cours ou éventuelle, il se trouvera sans autre ressource que cet article. Bien loin d'en être réduit à cette seule ressource, il aura à son service d'autres droits, si importants que le plus souvent il négligera le moyen tiré de l'article 1653, pour se prévaloir de ces autres droits.

Pour déterminer ces autres droits, il suffit de remarquer que démontrer le bien-fondé d'une action en revendication, actuelle ou éventuelle, c'est démontrer que la propriété n'appartient pas à l'acheteur, mais bien à celui qui exerce ou exercera cette action. Or, s'il en est ainsi, cela tient ou bien à ce que le vendeur n'était pas propriétaire au moment de la vente, ou bien à ce qu'il a aliéné, depuis la vente, au préjudice de l'acheteur. Dans le premier cas, le vendeur est tenu de faire en sorte *ut detur ;* dans le second, il est tenu de réparer le dommage résultant de son fait. Ces deux obligations sont d'ailleurs susceptibles d'exécution

en nature : le vendeur n'a qu'à acquérir la propriété, pour la transférer à l'acheteur. Jusqu'à ce qu'il accomplisse soit l'une, soit l'autre de ces obligations, l'acheteur a le droit de retenir son prix, indépendamment de l'article 1653, par l'exception *non adimpleti contractus,* sans que le vendeur puisse le forcer à le payer, en donnant caution. Dans une telle situation, il est clair que l'acheteur n'invoquera pas l'article 1653, — ce que faisant, il pourrait être tenu de payer son prix au vendeur fournissant caution, — mais bien l'exception *non adimpleti contractus*, — ce que faisant, il ne pourra être forcé de verser son prix.

Passons à l'action hypothécaire. Démontrer le bien fondé d'une action hypothécaire, actuelle ou éventuelle, c'est démontrer que la chose est hypothéquée. Or, s'il en est ainsi, cela tient ou bien à ce qu'elle était hypothéquée au moment de la vente, ou bien à ce qu'elle a été hypothéquée par le vendeur depuis la vente. Dans ce dernier cas, le vendeur est tenu de réparer le dommage causé par son fait ; dans le premier, il est tenu de l'obligation de garantir des vices. Cette obligation, je veux dire soit l'une, soit l'autre, est d'ailleurs susceptible d'exécution en nature : le vendeur peut faire disparaître l'hypothèque. Jusqu'à ce qu'elle le soit, l'acheteur peut se refuser au paiement du prix, par l'exception *non adimpleti contractus*, plus avantageuse que le moyen tiré de l'article 1653. Il est donc vraisemblable qu'il n'usera pas de ce dernier.

Cet article 1653 est, au contraire, fort utile, alors que l'acheteur ne peut prouver le bien fondé de l'action, en revendication ou hypothécaire, en cours ou dont il a juste sujet de craindre l'exercice. En pareil cas, de droit commun, l'acheteur n'a aucun moyen de se refuser au paiement du prix : il ne peut alléguer l'inexécution d'aucune obligation du vendeur, puisque précisément cette inexécution ne sera prouvée que par le succès, encore incertain, du demandeur, actuel ou éventuel, à l'action hypothécaire ou en revendication. L'article 1653 vient lui fournir le moyen de retenir son prix, à moins que le vendeur ne lui donne caution garantissant le remboursement du prix, dans le cas où le triomphe du demandeur viendrait à prouver que l'acheteur avait en réalité le droit de retenir son prix, pour inexécution de quelque obligation du vendeur, quoiqu'il ne pût le prouver.

Cet article, étant ainsi exceptionnel, ne peut être étendu au-delà des cas qu'il prévoit textuellement. C'est pour cela que nous n'avons pas permis de l'invoquer à l'acheteur de la chose d'autrui, dans le cas où la chose a perdu son individualité ou est devenue la propriété de l'acheteur. Bien, en effet, qu'en pareil cas l'acheteur puisse encore être évincé, et par suite troublé, il ne peut plus être actionné en revendication, ce qui est indispensable pour que l'article 1653 soit invocable.

A cette manière d'envisager l'article 1653, on pourrait objecter qu'au lieu d'y voir une disposition exceptionnelle, dérogatoire au droit commun, il serait plus simple, et par suite plus plausible d'y voirla mise en œuvre de l'obligation de garantie de la paisible possession, contractée par le vendeur, aux termes de l'article 1625. Cette obligation de garantir la paisible possession ne se limiterait pas, ainsi que nous l'avons soutenu, à l'obligation d'indemniser de l'éviction réalisée ; elle comprendrait, de plus, l'obligation d'empêcher tout trouble, ou, faute d'avoir pu l'empêcher, d'indemniser l'acheteur de ce trouble, encore qu'il n'eût pas été suivi d'éviction.

A cela je réponds que, si la prétendue obligation signalée par l'article 1653 est une des branches, un des éléments de l'obligation de garantir la paisible possession, mentionnée dans l'article 1625, il est bien singulier que le Code n'en dise pas un mot dans le paragraphe que, sous la rubrique de : garantie en cas d'éviction, il consacre bien évidemment à l'obligation de garantir la paisible possession, paragraphe dont la rubrique même prouve que, par les mots : garantie de la paisible possession, le Code n'entend pas autre chose que la garantie de l'éviction.

Cette lacune, ce silence du Code sur l'un des éléments de l'obligation d'assurer la paisible possession, au siège même de la matière, serait bien extraordinaire. Mais il y a, pour nier que l'article 1653 contienne une application de l'obligation d'assurer la paisible possession, c'est-à-dire d'une obligation conventionnellement assumée par le vendeur, une raison bien plus forte. C'est que la nécessité où, par applicaiion de l'article 1653, se trouve le vendeur de faire cesser ou d'empêcher le trouble actuel ou éventuel, dont se plaint l'acheteur, ne peut être considérée comme résultant d'une obligation existant à la charge du vendeur. Ce qui le prouve, c'est que, si le vendeur était tenu de l'obligation de faire cesser ou d'empêcher le trouble actuel ou futur, il faudrait décider que, à défaut d'exécution en nature, je veux dire faute pour le vendeur de faire cesser ou d'empêcher le trouble, l'acheteur aurait le droit de demander l'exécution par équivalent pécuniaire de cette obligation, ou la résolution du contrat. Or l'article 1653 ne dit mot de tout cela. Il ne s'agit donc pas, dans cet article, d'une véritable obligation grevant le vendeur. Par conséquent, on ne peut y voir un des éléments, un des aspects de l'obligation de garantir la paisible possession, dont parle l'article 1625.

En réalité, il ne s'agit, dans l'article 1653, que d'un droit de rétention anticipé, d'une exception *non adimpleti contractus* accordée, par dérogation aux règles générales, à un moment où il n'est pas sûr encore que l'une des obligations du vendeur soit inexécutée, mais où l'on a quelque

raison de croire que peut-être il a manqué à l'une ou à l'autre de ces obligations. Précisément d'ailleurs, parce que les conditions normales d'application de l'exception *non adimpleti contractus* ne sont pas réalisées, elle n'a pas ici des effets aussi pleins que lorsque ces conditions sont réunies, en ce sens que le vendeur peut vaincre la résistance de l'acheteur, en lui donnant une caution garantissant la restitution du prix.

A l'appui de cette manière d'envisager la disposition de l'article 1653, on se rappellera qu'en droit romain, l'acheteur, ayant juste sujet de craindre une éviction, était également autorisé à retenir son prix (l. 5, Code, *de evict.*, VIII, 45 ; fr. vat., § 12 ; l. 18, § 1, D., *de pericul. et commod.*, XVIII, 6 ; l. 24, Code, *de evict.*), alors que cependant le vendeur romain ne s'engageait certainement pas à garantir la possession paisible, au sens que l'on voudrait attacher à cette expression, mais seulement à garantir de l'éviction (124).

---

(124) Sur le point de savoir si le vendeur pouvait obtenir le paiement du prix, en fournissant caution, il semble que deux opinions se soient successivement fait jour : la première, négative (fr. vat., § 12) ; la seconde, affirmative (l. 24, Code, *de evict.*, VIII, 45).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 1

CHAPITRE I. — Des caractères de la vente de la chose d'autrui. 18

PROPOSITION I. — La vente tend essentiellement à obliger le vendeur à transférer à l'acheteur la propriété de l'objet vendu. . . . 19

PROPOSITION II. — La vente portant sur la chose d'autrui, l'obligation de *dare* ne peut prendre naissance 28

PROPOSITION III. — La nullité de l'obligation de *dare* à laquelle tend la vente, nullité provoquée par la circonstance que la vente porte sur la chose d'autrui, n'empêche pas que les autres obligations, que le contrat en question peut tendre à faire naître à la charge du vendeur, puissent prendre naissance. En particulier, dans le cas de vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction, l'obligation de garantir de l'éviction prend naissance, encore que la promesse de *dare* contenue dans la vente ne puisse donner naissance à une obligation par le motif que le vendeur n'est pas propriétaire de l'objet vendu 32

§ 1. — Obligation de délivrer. 34

§ 2. — Obligation de garantir de l'éviction 44

§ 3. — Obligation de garantir des vices ou défauts cachés de la chose vendue 54

PROPOSITON IV. — Le vendeur qui, expressément ou tacitement, promet de garantir de l'éviction doit être considéré comme promettant de plus de procurer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, de faire en sorte *ut res detur emptori* 55

PROPOSITION V. — La vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction contenant, à côté de cette promesse, l'engagement du vendeur de faire en sorte *ut detur*, il y a lieu de considérer le vendeur avec garantie de la chose d'autrui, comme s'engageant à *dare* sous la condition : *si res sua erit*, cet engagement sous condition étant d'ailleurs entendu à la manière romaine. 69

Proposition. VI. — La vente accompagnée de la promesse expresse ou tacite de garantir de l'éviction contenant la promesse de *dare : si res venditoris erit*, il n'y a cependant pas lieu de considérer le vendeur avec garantie de la chose d'autrui comme ayant, du même coup, consenti à la translation de propriété de la chose sous la même condition : *si res sua erit*, — sauf clause contraire. 71
Proposition VII. — L'acheteur de la chose d'autrui est, en toute hypothèse, tenu de l'obligation de payer le prix 74
CHAPITRE II. — Des effets de la vente de la chose d'autrui. . . . 87
Article I. — Effets de la vente sans garantie. 90
Article II. — Effets de la vente avec garantie 100
§ 1. — Obligations du vendeur. 101
I. - Obligation de faire en sorte *ut res detur emptori* . . . 102
II. — Obligation de garantir de l'éviction 112
III. — Obligation conditionnelle de *dare si res venditoris erit*. 123
§ 2. — Obligations de l'acheteur 125
Conclusion. 127
Appendices 130

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le *contrarius consensus*, considéré en général comme éteignant *ipso jure* les obligations nées de contrats consensuels, n'est qu'un double pacte *de non petendo*, et conséquemment n'opère que *exceptionis ope*.

II. — Les règles de ce double pacte, en tant qu'il est employé pour paralyser les obligations nées d'un contrat consensuel, n'ont rien d'exceptionnel : les mêmes règles s'appliquent dans tous les cas similaires, c'est-à-dire dans tous les cas où deux pactes *de non petendo* sont conclus en vue l'un de l'autre.

III. — S'engager de manière à être obligé immédiatement, sauf à voir l'obligation disparaître *ipso jure* si tel événement arrive, c'est-à-dire s'engager sous condition résolutoire au sens moderne du mot, c'est ne rien faire.

IV. — Tout ce que l'on peut faire, c'est de s'engager purement et simplement, en se faisant consentir un pacte *de non petendo* subordonné à la condition suspensive de l'arrivée de l'événement en question. Cette opération est la seule qu'en droit romain on puisse, plus ou moins exactement, considérer comme donnant naissance à une obligation sous condition résolutoire.

V. — La personne qui s'est engagée sous une telle condition résolutoire, est, lorsque la condition se réalise, autorisée à répéter, *condictione sine causa*, ce qu'elle a fourni en exécution de son obligation.

VI. — La condition résolutoire, en matière de contrats consensuels, est en tout soumise aux règles ci-dessus. Les apparentes singularités de la condition résolutoire insérée dans les contrats consensuels, tiennent au caractère de bonne foi de ces contrats.

I. — Les servitudes ne sont indivisibles que dans la même mesure que la propriété, dont elles sont des démembrements, ce qui revient à dire qu'en réalité elles ne sont pas indivisibles.

II. — Le système de la divisibilité des servitudes explique seul l'article 700 du Code civil (125) : lorsque le fonds dominant se partage en portions divises, la servitude subit un partage semblable.

III. — Ce même système rend compte de la disposition de l'article 709 (126) : la jouissance par un seul des co-propriétaires par indivis, lequel n'est investi que d'une part indivise du droit de servitude, emporte exercice de ce droit tout entier, aussi bien des parties de ce droit qui appartiennent aux autres, que de la partie qui lui est propre. Le communiste qui use de la servitude, devant, en tant qu'il exerce les portions de droit de ses co-propriétaires, être considéré comme leur mandataire ou, du moins, leur gérant d'affaires, il se trouve qu'ils ont, par son entremise, usé de leur droit : il ne peut donc être question de le déclarer éteint par le non-usage.

IV. — Dans ce système, la disposition de l'article 710 (127) est, il est vrai, exceptionnelle, comme elle l'est dans le système de l'indivisibilité, en ce sens que, ni dans l'un, ni dans l'autre, elle ne peut être considérée comme une simple application des principes ; mais elle trouve sa justification dans les inconvénients pratiques et les difficultés juridiques auxquels on aboutirait en l'absence de cette règle positive.

V. — La propriété est, en général, susceptible de se transférer par le seul consentement, mais il faut, pour que cette translation s'opère, un consentement spécial, distinct de celui qui a fait naître l'obligation de *dare*, dont l'une des parties a pu se grever au profit de l'autre.

---

(125) Article 700 : « Si l'héritage, pour lequel la servitude a été établie, vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujeti soit aggravée.

« Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. »

(126) Article 709 : « Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous. »

(127) Article 710 : « Si parmi les co-propriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. »

VI. — En matière de contrats synallagmatiques, aussi bien qu'en matière de contrats unilatéraux, les risques sont, jusqu'à l'exécution, pour le débiteur.

VII. — La *cause* n'est pas un élément indispensable à la naissance de l'obligation.

VIII. — Ce qui fait la vente, c'est la promesse de transférer, moyennant un prix, la propriété d'un objet, déterminé, ou non, dans son individualité.

PROCÉDURE CIVILE

I. — La tierce opposition est le seul moyen de contester la vérité des points de fait ou de droit reconnus par un jugement rendu à la suite d'une instance, à laquelle n'ont été appelés ni la personne dont il s'agit, ni ceux qu'elle représente.

II. — Les jugements, rendus en dernier ressort par les juges de paix, peuvent être attaqués par la voie de la requête civile, pour les causes énumérées dans l'article 480 du Code de procédure civile.

DROIT CRIMINEL.

I. — La tentative n'est pas punissable, pour cause d'impossibilité du délit tenté, alors seulement que le délit est impossible en lui-même.

II. — Est coupable d'assassinat, celui qui donne la mort à une personne, la prenant pour une autre, qu'il avait prémédité de tuer.

Vu par le doyen,
Nancy, 30 avril 1888.
E. LEDERLIN.

Vu par le président de la thèse,
Nancy, 30 avril 1888.
P. LOMBARD.

Vu et permis d'imprimer.
Nancy, 30 avril 1888.
Le recteur,
M. MOURIN.